

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 61.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

JOINTE AU RÉGIME DOTAL

PAR

Antoine GODEMEL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

Libraires du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1883

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

JOINTE AU RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Antoine GODEMEL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le *jeudi 28 juin 1883*, à midi.

PRÉSIDENT: M. BUFNOIR,

SUFFRAGANTS: {	MM. LABBÉ,	} PROFESSEURS.	
	CAUWES,		
	ALGLAVE,		} AGRÉGÉS.
	LÉON MICHEL.		

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

Libraires du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1883

TABLEAU DE DROIT DE DROIT

DE DROIT DE DROIT

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE DROIT DE DROIT

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ.

NOTIONS GÉNÉRALES.

A Rome, le mot *familia* avait différents sens juridiques (1). Il désignait en général les personnes qui étaient placées sous la puissance d'un chef de famille, le *paterfamilias*; ou qui étaient rattachées entre elles par le lien d'agnation. Cette expression s'appliquait aussi très-fréquemment à l'ensemble du patrimoine que laissait un citoyen à son décès : c'est dans ce dernier sens que l'employait la loi des Douze Tables, lorsqu'elle disposait : « Adgnatus proximus « familiam habeto ; » c'est dans cette dernière acception qu'il faut l'entendre, pour avoir la véritable définition de l'action *familiæ eriscundæ*.

Quant au verbe *eriscere*, c'est un vieux mot latin, dont l'étymologie nous a été conservée par Festus (2).

(1) L. 195, §§ 1 à 4, *De verb. signif.*, D., l. 50, t. 16. — Gaius, II, §§ 102 à 104.

(2) Festus, *De verb. signif.*, v^o *Erctum*.

Il est lui-même composé de deux mots, qui appartiennent à la langue oubliée des premiers siècles : l'un, *erctum*, signifie universalité, tout indivis ; l'autre, *ciscere* ou *ciere*, veut dire diviser.

L'action *familiæ erciscundæ* est donc l'action en partage d'une hérédité.

Son nom seul suffirait pour nous révéler son antique origine ; Gaius nous dit en effet qu'elle fut établie par la loi des Douze Tables (1), qui sut tirer les conséquences de cette règle, formulée plus tard par les empereurs Dioclétien et Maximien (2), puis traduite presque littéralement par l'article 815 de notre Code civil : « In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri. » « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. »

L'indivision résultait soit de la convention des parties, comme dans le contrat de société, *communio cum societate* ; soit d'un fait indépendant de leur volonté, comme celle qui existe entre cohéritiers ou colégataires, et qui est désignée sous le nom de *communio incidens*.

Lorsque l'association émane de la libre initiative des individus, lorsqu'elle leur a été inspirée par une impérieuse nécessité de substituer l'effort collectif à l'impuissance de l'effort isolé, elle se recommande par son utilité et par sa nature, et l'indivision qu'elle

(1) L. 1, pr., D., l. 10, t. 2.

(2) L. 5, Code, *Comm. div.*, l. 3, t. 37.

engendre présente de précieux avantages. — Bien des inconvénients et des dangers naissent au contraire d'une indivision involontaire, forcée, comme celle dont nous devons nous occuper. Elle constitue un état de choses fâcheux au triple point de vue : de l'ordre public, parce qu'elle devient une source de dissentiments et de procès ; de l'intérêt économique général, parce qu'elle entrave la production ; de l'intérêt privé des communistes eux-mêmes, parce qu'ils ne retirent point de leur part indivise tout le profit qu'ils pourraient obtenir de leur part divisée, en l'utilisant à leur gré et suivant leurs convenances. A cette indivision accidentelle il faut assimiler l'indivision volontaire elle-même, lorsqu'elle survit à sa cause, c'est-à-dire lorsqu'elle subsiste après la dissolution de la société, ou alors que les associés ne sont plus d'accord pour y demeurer.

Au reste, que l'indivision soit produite par le commun accord des copropriétaires ou malgré eux, le principe que nul n'est tenu d'y rester est également vrai. Elle cesse dans l'un et l'autre cas par une opération, le partage. Chacun des copropriétaires est autorisé à le provoquer, nonobstant toute convention qui tendrait à prolonger cet état pour un temps illimité (1). Ce partage, *divisio*, a lieu à l'amiable, lorsque les communistes consentent à sortir de l'indivision et sont d'accord sur le mode de la faire ces-

(1) L. 14, § 2, D., *Comm. div.*, l. 10, t. 3.

ser; dans le cas contraire, le partage est judiciaire, il est poursuivi entre cohéritiers par l'action *familiæ erciscundæ*, entre tous autres copropriétaires par l'action *communi dividundo*.

Chacune de ces actions nous apparaît ainsi avec un domaine propre, distinct. Quelques textes cependant pourraient à première vue permettre de penser qu'elles font double emploi, ou que l'une d'elles du moins était inutile. C'est ainsi que Gaius (1) et Paul (2) accordent l'action *communi dividundo* à un héritier contre ses cohéritiers. Mais ces lois prévoient des hypothèses spéciales qui échappaient à l'action *familiæ erciscundæ*; il s'agit dans la loi 34 du partage d'une *res certa*, et dans la loi 44 du partage d'objets déterminés faisant partie de la succession, « *res dun-
« taxat quæ eorum communes sunt.* » Il n'y est nullement question du partage de l'hérédité tout entière. Or l'action *familiæ erciscundæ* ne se donnait qu'une seule fois (3), parce que l'*arbiter* dans un premier partage modifiait la chose qu'il fallait diviser, l'hérédité; si donc il restait encore après son exercice des choses indivises déterminées, il fallait recourir à une autre voie pour en obtenir le partage, et c'est alors qu'on exerçait exceptionnellement l'action générale *communi dividundo* (4), qui pouvait être reprise re-

(1) L. 34, *in fine*, D., l. 17, t. 2.

(2) L. 44, *pr.*, D., l. 10, t. 2.

(3) Paul, *Sentences*, liv. I, tit. 18, § 1.

(4) L. 20, § 4, D., l. 10, t. 2.

lativement aux choses que le premier juge n'avait pas été appelé à partager. Cette différence reçoit une explication toute naturelle : la *demonstratio* de toute action en partage doit indiquer les objets sur lesquels porteront les pouvoirs du juge ; or, dans l'action *familiæ erciscundæ*, cette indication est générale, elle se réfère à l'hérédité tout entière ; au contraire, dans l'action *communi dividundo*, elle ne peut consister qu'en une énumération détaillée. — La même raison nous fait comprendre les avantages de l'action *familiæ erciscundæ* : sa formule vague embrassait une masse de biens qu'il eût été long et difficile à un cohéritier de connaître, d'énumérer, de comprendre dans une même instance sans craindre d'en omettre. Elle évitait des frais, des lenteurs, des complications, des demandes continuelles et successives, tous inconvénients d'une profonde gravité auxquels l'action *communi dividundo* eût fatalement condamné.

CHAPITRE PREMIER.

CARACTÈRES DE L'ACTION « FAMILIÆ ERISCUNDÆ. »

La formule d'une action était toujours rédigée par le magistrat, soit conformément à un modèle par lui proposé dans l'édit, soit d'après les circonstances; en ce sens, il n'y avait pas d'action qui ne fût honoraire. — Ce point de vue mis à part, les Romains ont distingué des actions civiles et des actions honoraires, en s'attachant à l'origine historique de ces institutions, à la source du droit dont elles déri-vaient. L'action était civile lorsqu'elle avait une *legitima civilis causa*, c'est-à-dire lorsqu'elle émanait d'une loi ou d'une source analogue. Elle était honoraire, lorsqu'elle avait été imaginée par le préteur, introduite en vertu de son droit de juridiction (1).

Or, nous l'avons déjà vu, l'action *familiæ eriscundæ* a son origine dans la loi des Douze-Tables elle-même (2); nous devons donc la ranger sans aucune hésitation dans la catégorie des actions civiles.

Ce premier caractère entraînait des conséquences pratiques, qui se révèlent au double point de vue de la forme et du fond. — Quant à la forme, les formules établies dans l'édit étaient de deux espèces :

(1) Inst., § 3, *De act.*, l. 4, t. 6.

(2) L. 1, pr., D., l. 10, t. 2.

in jus, in factum conceptæ; c'est-à-dire que leur *intentio* consistait, tantôt dans l'allégation d'un rapport de droit fondé sur le *jus civile*, tantôt dans une simple affirmation de faits. Or, dans l'action *familiæ erciscundæ*, comme dans toute action civile, une *juris civilis intentio* était toujours possible, elle pouvait toujours être conçue *in jus*.—Quant au fond, tout dépend de l'époque à laquelle on se place. Justinien (1) et Gaïus (2), constatant un fait plutôt qu'ils ne posent un principe, nous disent que la plupart des actions civiles sont perpétuelles, et la plupart des actions prétoriennes temporaires. C'est là l'unique intérêt de la distinction dans le dernier état du droit. Mais, à l'époque de la procédure formulaire, le magistrat étant avant tout l'exécuteur du droit civil, toute action civile devait figurer dans l'édit et survivait par conséquent à tous les changements de magistrats; il y avait dès lors moins de danger à retarder l'exercice d'une action civile que celui d'une action prétorienne; car, s'il survenait un nouvel édit, celle-ci pouvait être supprimée, non celle-là.

En l'année 424, Théodose le Jeune rendit une constitution célèbre qui, sans toucher à la théorie des actions temporaires décida que celles qui jusque-là étaient perpétuelles, se prescriraient désormais par

(1) Inst., pr., *De perpetuis et temp. act.*, l. 4, t. 12.

(2) C. 4, § 111.

rente ans (1). Cette innovation fut développée par des constitutions postérieures dont les principales appartiennent à Anastase, à Justin et à Justinien. Mais quelle fut sa véritable portée? Au bout de trente années d'indivision, les parties étaient-elles condamnées à y rester toujours? l'action en partage était-elle prescrite?

C'est en effet ce qui semble résulter d'un texte de Justinien (2), dont l'interprétation littérale a conduit certains auteurs à penser que lorsque trente ans s'étaient écoulés depuis que les cohéritiers étaient dans l'indivision, ils n'avaient plus aucun moyen judiciaire d'en sortir : « *Nemo audeat, dit en effet*
« *cette loi, neque actionis familiæ erciscundæ, neque*
« *communi dividundo, neque alterius cujusque per-*
« *sonalis actionis vitam longiorem esse triginta*
« *annis interpretari.* »

Malgré ces termes qui semblent formels, il est cependant difficile d'admettre que la loi ait vraiment consacré cette impossibilité de sortir d'indivision, et qu'elle ait ainsi aboli cette règle fondamentale, reconnue dans tous les temps, et formulée par un autre texte du Code : « *In communione nemo compel-*
« *litur invitus detineri* (3). » A quoi bon d'ailleurs, la défense de stipuler qu'on demeurerait perpétuelle-

(1) L. 3, Code, l. 7, t. 39.

(2) L. 1, § 1, C., l. 7, t. 40.

(3) L. 5, C., l. 3, t. 37.

ment dans l'indivision, si par le seul laps de temps, en restant dans le *statu quo*, les parties pouvaient arriver au même résultat?

Aussi croyons-nous que telle n'est pas la véritable portée de ce texte, et qu'il faut en chercher une autre explication. Il n'y a pas contre l'action *familix erciscundæ* de prescription, dont l'effet serait de laisser la propriété commune perpétuellement indivise : à ce point de vue, elle reste perpétuelle dans toute la force du mot. Si les cohéritiers ont toujours possédé en commun les biens héréditaires, si leur possession a été indivise même pendant trente ans, aucune prescription n'a couru contre l'action qui appartient à chacun d'eux pour sortir d'indivision, car par le fait même de la communauté, il y a eu une reconnaissance constante du droit de chaque communiste ; la loi 1, § 1, n'a donc pu viser cette hypothèse.

Pour comprendre en quel sens elle a porté atteinte à la perpétuité de l'action *familix erciscundæ*, il faut supposer qu'un acte contraire à l'indivision a été pratiqué, de telle sorte que les cohéritiers lésés devaient agir pour conserver leurs droits intacts. Si l'un d'eux, par exemple, a été seul en possession de l'hérédité entière, et s'il l'a possédée à titre de propriétaire et en son nom personnel, le silence et l'inaction des autres pendant trente années les rendent non recevables à intenter désormais contre lui l'action en partage. De même, si chacun des cohéritiers a possédé divisément *animo domini* certaines portions

déterminées de la succession, après trente ans révolus les biens héréditaires appartiennent à chacun d'eux pour la part qu'il en a possédée. Si l'action *familiæ erciscundæ* doit alors échouer, c'est que les biens héréditaires ont été ravis à l'indivision par une prescription acquisitive. C'est, pensons-nous, ce qu'a voulu dire Justinien dans la loi 1, *De annali exceptione*; au bout de trente ans, les cohéritiers en possession seront sûrs de ne pouvoir être troublés, précisément parce que la prescription met obstacle à des contestations que le droit de sortir d'indivision avait pour but d'arrêter.

A côté de ce caractère d'action civile l'action *familiæ erciscundæ* nous en présente trois autres plus importants. Elle était encore de bonne foi, double et personnelle.

L'action *familiæ erciscundæ*, disons-nous est une action de bonne foi; ce que signifie que le juge, au lieu de statuer comme dans les actions *stricti juris* d'après les règles du droit pur, tempère ici ces règles par les données de l'équité, ou pour mieux dire, l'observation de l'équité y devient elle-même une règle de droit. Par suite, si les parties sont obligées l'une envers l'autre *ex eâdem causâ*, le juge apprécie ces obligations, et faisant une compensation, ne condamne le défendeur qu'à l'excédant de ce qu'il doit sur ce qui lui est dû (1).

(1) Gaius, C. 4, § 61.

A l'époque des jurisconsultes classiques, l'action *familiæ erciscundæ* n'est cependant mentionnée dans aucun des textes, qui nous ont transmis une énumération des actions de bonne foi. Aussi lui a-t-on contesté ce caractère. On se fonde sur deux passages, l'un de Cicéron dans son *Traité des devoirs* (1), l'autre de Gaius dans ses *Institutes* (2), qui passent sous silence l'action *familiæ erciscundæ*. Et l'on invoque un texte de Scævola (3) duquel il semble résulter que ce jurisconsulte considérait l'action *familiæ erciscundæ* comme étant *stricti juris* : Celui des cohéritiers, dit-il, qui a fait dans l'intérêt commun des frais pour soutenir un procès, doit, pour se faire indemniser par ses cohéritiers, demander l'insertion dans la formule de l'exception de dol. Or il est bien certain que l'exception de dol ne s'insérerait pas dans les actions de bonne foi.

Malgré ces raisons, nous n'hésitons pas à maintenir notre proposition qui attribue à l'action *familiæ erciscundæ* le caractère d'action de bonne foi : pour la faire prévaloir, les textes ne nous feront point défaut.

Écartons tout d'abord le premier argument de nos adversaires. Le silence de Cicéron et de Gaius à l'égard de l'action *familiæ erciscundæ* n'a rien de

(1) Cicéron, *De officiis*, nos 111, 115, 117.

(2) Gaius, C. 4, § 62.

(3) L. 39, pr., D., l. 10, t. 2.

bien significatif ; leur énumération est en effet purement énonciative : nous en trouvons une preuve certaine dans les omissions, qu'ils ont faites l'un et l'autre, de certaines actions auxquelles personne n'a dénié le caractère d'actions de bonne foi. Cicéron passe sous silence l'action *commodati* ; et Gaius l'action *rei uxoriæ* que citait Cicéron, ainsi que l'action *communi dividundo* qu'Ulpien nous présente positivement comme une action de bonne foi (1).

Au texte de Scævola nous pouvons opposer un texte de Julien (2), duquel il résulte clairement que ce jurisconsulte considérait l'action *familiæ erciscundæ* comme de bonne foi : il reconnaît en effet au juge le pouvoir, au lieu de condamner chaque héritier à payer à l'autre tout ce qu'il lui doit, d'opérer la compensation de leurs dettes respectives et de se borner à condamner celui dont la dette serait la plus élevée et seulement pour l'excédant de cette somme. — Citons encore un texte d'Ulpien (3), qui ne fait que tirer une conséquence naturelle du caractère de bonne foi de l'action *familiæ erciscundæ*, lorsqu'il enseigne que les intérêts des dépenses faites de bonne foi par un héritier lui sont dûs par son cohéritier du jour de la mise en demeure.

Terminons enfin cette démonstration, en faisant

(1) L. 4, § 2, D., l. 10, t. 3.

(2) L. 52, § 2, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 18, § 3, D., l. 10, t. 2.

remarquer que le juge de cette action est presque toujours désigné par le mot *arbiter* : or, cette expression n'est jamais employée que pour parler du juge d'une action de bonne foi. — De plus, cet *arbiter* avait des pouvoirs qui n'appartenaient pas au juge d'une action de droit strict : ainsi il prenait des mesures, exigeait des cautions, pour assurer l'exécution de sa sentence dans l'avenir (1).

Telles sont les raisons graves, les décisions importantes, qui nous font placer l'action *familiæ erciscundæ* dans la classe des actions de bonne foi à l'époque des jurisconsultes classiques. Au reste, déjà sous Gordien, notre proposition s'appuyait sur un texte formel, explicite : « Non est ambiguum, dit cet empereur, quum familiæ erciscundæ titulus inter bonæ fidei judicia numeretur (2). » Et Justinien fait disparaître tous les doutes à cet égard, en plaçant cette action au nombre des actions de bonne foi (3).

Dans une action, en général, un demandeur se présente en présence d'un défendeur, et chacun soutient son rôle pendant tout le cours du procès. Il y a néanmoins un petit nombre de cas exceptionnels, où chacune des parties réunit ces deux qualités, de sorte qu'en agissant comme demanderesse, elle est en même temps défenderesse. Ces actions

(1) L. 25, §§ 10 et 13, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 9, Code, l. 3, t. 36.

(3) Inst., liv. 4, t. 6, § 28.

s'appellent *duplices actiones*, *duplicia judicia*, ou encore *mixtæ actiones* : ce sont les trois actions divisaires, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum* (1). L'obligation de partager ou de borner n'incombe pas moins en effet à celui qui poursuit qu'à celui qui est poursuivi ; il y a donc parité de situation entre les plaideurs et rien ne s'opposerait au renversement de leurs rôles respectifs. Il était cependant utile d'attribuer le rôle de demandeur à l'une des parties, afin de déterminer celui des plaideurs qui devait le premier prendre la parole et établir ses droits : on considérait comme demandeur celui qui avait pris l'initiative de la poursuite (2), et si plusieurs l'avaient prise ensemble, il était désigné par le sort (3).

Ce caractère double entraînait plusieurs conséquences importantes. Ainsi, chaque partie était obligée de prêter le serment que l'on exige du demandeur et du défendeur dans un procès ordinaire, c'est-à-dire de jurer qu'elle n'obéit à l'esprit de chicane, ni dans les prétentions qu'elle élève « non calumniæ » causâ litem intendere, » ni dans la contradiction qu'elle oppose à celles de son adversaire « non calumniæ causâ se ad inficias ire (4). » — De même, lorsqu'il y avait un *procurator* en cause, il devait

(1) L. 37, § 1, D., l. 44, t. 7. — L. 2, § 3, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 2, § 1, D., l. 10, t. 3. — L. 13, D., l. 5, t. 1.

(3) L. 14, D., l. 5, t. 1.

(4) L. 44, § 4, D., l. 10, t. 2.

fournir ensemble et la *cautio de rato*, et la *cautio judicatum solvi* (1). Sous Justinien, cette obligation fut restreinte dans une large mesure : la caution *de rato* n'était plus exigée du *procurator*, dont le mandat n'avait été ni constaté par acte public ni confirmé *in judicio* par le mandant lui-même ; et celui-là seulement était tenu de donner la caution *judicatum solvi* qui en l'absence du maître se présentait pour défendre à sa place. — Toujours par suite du même principe, les parties, une fois l'instance engagée, ne pouvaient plus s'en désister ; car chacune d'elles, en même temps qu'elle était demanderesse, était aussi défenderesse, et en cette qualité ne pouvait se soustraire à l'action que du consentement de son adversaire. — Enfin, chose remarquable, tandis que d'ordinaire une action aboutit simplement à l'absolution ou à la condamnation du défendeur, ici chaque partie doit être condamnée ou absoute (2), sous peine de nullité de la sentence.

Le dernier caractère, que nous avons attribué à l'action *familiæ erciscundæ*, est celui d'action personnelle.

A toutes les époques, les Romains ont enseigné que les actions se divisaient en actions réelles et en actions personnelles : cette classification est plus na-

(1) L. 15, § 1, D., l. 3, t. 3.

(2) L. 27, D., l. 10, t. 2.

turelle et plus nécessaire qu'aucune autre ; elle est la seule peut-être que toutes les législations modernes aient acceptée. C'est qu'elle correspond à la division générale des droits qui composent le patrimoine. L'action est réelle, lorsqu'elle tend à faire reconnaître et sanctionner un droit de propriété ou tout autre droit réel ; elle est personnelle, lorsqu'elle a pour objet un droit de créance (1).

Or, l'action *familiæ erciscundæ* était la sanction d'une obligation personnelle résultant du quasi-contrat d'indivision ; dès lors, l'obligation donnant naissance à un droit personnel au profit du créancier, l'action, qui servait à faire respecter ce droit, devait nécessairement être personnelle. — Au reste, nous avons précédemment établi que cette action était une action de bonne foi ; et la division des actions en actions de droit strict et en actions de bonne foi ne comprend que des actions personnelles. Aussi, ce caractère lui est-il formellement reconnu au Code (2).

Cependant, Justinien nous dit, en parlant des trois actions divisaires : « Mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam (3) ; » il en fait des actions mixtes, des actions participant à la fois de la nature des actions réelles et des actions personnelles. — L'explication de ce texte a donné naissance

(1) Gaius, Inst., C. 4, §§ 2 et 3. — Justinien, Inst., § 1, l. 4, t. 6.

(2) L. 1, § 1, Code, l. 7, t. 40.

(3) Inst., § 20, l. 4, t. 6.

à bien des interprétations différentes, qui l'ont rendu célèbre ; nous n'entreprendrons point la tâche d'exposer avec détails les systèmes nombreux qui ont été formulés sur cette question devenue classique. Qu'il nous suffise de signaler l'opinion la plus digne, selon nous, de rallier les suffrages.

« Les divergences des interprètes tiennent beaucoup peut-être à ce que les uns se sont trop rigoureusement attachés aux mots *tàm in rem quàm in personam*, et à ce que les autres n'ont tenu un compte suffisant ni du mot *videntur* qui indique une simple comparaison, ni de l'explication que Justinien lui-même nous donne. Selon nous, l'empereur veut dire que par les effets de l'adjudication les actions divisaires, quoique personnelles, présentent quelque analogie avec les actions réelles. En d'autres termes, les attributions de propriété que le juge fait sont comparées ici aux déclarations de propriété qu'il fait dans les actions réelles. Mais ce rapprochement n'exprime qu'une vue de l'esprit, vue tout à la fois superficielle et dépourvue de conséquences pratiques ; car ici le juge transporte vraiment la propriété, au lieu que dans l'action réelle il ne fait que constater et sanctionner un droit de propriété antérieur au procès ; et tandis que l'adjudicataire est réputé tenir ses droits de son adversaire, le demandeur qui triomphe dans la revendication n'est en aucune façon l'ayant-cause du défendeur (1). »

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, T. II, p. 1026 et 1027.

CHAPITRE II.

CONDITIONS REQUISES POUR L'EXERCICE DE L'ACTION « FAMILIÆ ERCISCUNDÆ ».

Rechercher les personnes auxquelles était accordée l'action *familiæ erciscundæ*; déterminer leur capacité; étudier les exceptions susceptibles de faire écarter provisoirement ou définitivement notre action; tel sera le triple objet de cette matière.

SECTION PREMIÈRE

Qualité des personnes.

L'action *familiæ erciscundæ* suppose essentiellement que l'indivision résulte de l'arrivée de plusieurs personnes à une même hérédité. Elle ne se donne donc qu'entre cohéritiers; cette qualité est indispensable, mais elle comporte l'interprétation la plus large. Le principe, formulé par Ulpien (1), est que tous ceux qui pourraient intenter la *petitio hereditatis* peuvent intenter l'action *familiæ erciscundæ*. Il y a, en effet, entre ces deux actions une relation nécessaire : elles ont l'une et l'autre un objet commun, l'hérédité, cette masse indivise de biens

(1) L. 2, pr., D., l. 10, t. 2.

laissés par le défunt. Mais là s'arrête leur ressemblance. Le but poursuivi par chacune d'elles était bien différent : la *petitio hereditatis* tendait à faire reconnaître la vocation héréditaire d'une personne, à laquelle on contestait tout droit à la succession : c'est la qualité d'héritier qui était alors en litige, aussi cette action n'était-elle donnée qu'à un non-possesseur, c'est-à-dire à celui dont le titre n'était pas établi en fait. Au contraire l'action *familiæ erciscundæ* avait pour but le partage des biens de la succession ; elle supposait en général que les parties étaient d'accord sur leur vocation mutuelle : « Si controversiam sibi non faciunt hereditatis, nous dit Ulpien (1), familiæ erciscundæ experiri eos oportebit. »

Ce texte si clair semble toutefois être contredit d'une manière non moins explicite par une loi de Scævola : « Qui familiæ erciscundæ agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem (2), » c'est-à-dire que celui qui intente notre action, ne reconnaît pas pour cela au défendeur la qualité d'héritier. — Tous les interprètes s'accordent à reconnaître que ces deux textes ne peuvent se combattre : deux conciliations également acceptables ont été proposées. La plus simple consiste à supprimer la négation dans la loi 37 : elle se fonde sur le texte des Basi-

(1) L. 1, § 2, *in fine*, D., l. 5, t. 4.

(2) L. 37, D., l. 10, t. 2,

liques, où cette négation fait défaut. — La seconde explication accepte ce texte tel qu'il nous a été transmis, mais elle donne au mot *non* un sens interrogatif; le jurisconsulte Scævola se serait demandé si, en intentant l'action *familiæ erciscundæ*, on reconnaît à son adversaire la qualité d'héritier. Cette opinion se fonde sur ce que la loi 37 est tirée d'un ouvrage de Scævola, intitulé *Quæstiones*.

Ainsi, une chose certaine, c'est qu'il n'y avait lieu à l'action *familiæ erciscundæ* qu'entre héritiers se reconnaissant comme tels. — Si la qualité d'héritier était contestée, on distinguait : le demandeur était-il en possession de tout ou partie de sa part héréditaire, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* était appelé à statuer sur la question préjudicielle de savoir s'il était ou non héritier; le demandeur ne possédait-il pas, l'exception *si in eâ re de quâ agitur præjudicium non fiat hereditati* tenait en suspens l'action en partage, jusqu'à ce qu'il eût établi son titre d'héritier au moyen de la *petitio hereditatis* (1).

En somme, la différence capitale de ces deux actions, c'est que la *petitio hereditatis* aboutit à la reconnaissance d'un droit, tandis que l'action *familiæ erciscundæ* a toujours pour conséquence le partage d'une masse de biens héréditaires.

Mais revenons à la règle, que nous avons déjà formulée, et voyons-en les applications.

(1) L. 1, § 1, D., l. 10, t. 2.

L'action *familiæ erciscundæ*, avons-nous dit, était donnée à ceux qui pouvaient intenter soit la *petitio hereditatis* telle qu'elle fut introduite par le droit civil, soit la *petitio hereditatis possessoria* ou *fideicommissoria* telle que le préteur l'avait établie pour les possesseurs de biens ou les héritiers fidéicommissaires. Elle était donc également délivrée, tantôt comme action directe, tantôt comme action utile.

Comme action directe, l'action *familiæ erciscundæ* était donnée aux héritiers, qui venaient à la succession en vertu de la loi des Douze-Tables, d'un testament, d'une loi spéciale, d'un sénatusconsulte ou d'une constitution (1). C'est ainsi qu'elle compétait, grâce à la fiction de la loi Cornelia, aux héritiers d'un citoyen mort chez l'ennemi en état de captivité (2).

Comme action utile, l'action *familiæ erciscundæ* était accordée aux héritiers du droit prétorien, tels que les *bonorum possessores*; aux fidéicommissaires qui avaient reçu la restitution conformément au sénatusconsulte Trébellien (3); aux esclaves, qui avaient été envoyés en possession des biens héréditaires *libertatum servandarum causâ*, et qui étaient alors assimilés aux possesseurs de biens (4), à l'ache-

(1) L. 2, pr., D., l. 10, t. 2.

(2) L. 25, pr., D., l. 10, t. 2.

(3) L. 24, § 1, *eod. tit.* — L. 40, *eod. tit.*

(4) L. 4, § 21, D., l. 40, t. 5.

teur de l'hérédité *emptor hereditatis*, pour faire procéder au partage avec les cohéritiers de son vendeur; probablement aussi, dans l'opinion proculienne, au légataire partiaire, puisqu'elle lui reconnaissait le droit d'exiger une part de chaque chose en nature. — Enfin, bien que de simples créanciers n'eussent aucun droit ni à la *petitio hereditatis*, ni à l'action *familiæ erciscundæ*, cependant on accordait cette dernière, comme action utile, à celui qui réclamait la quarte Antonine, et cela sans doute par ce motif qu'il s'agit alors d'une créance ayant pour objet une quote-part en nature des biens héréditaires. Elle appartenait donc à l'adrogé impubère, émancipé sans juste cause ou exhéredé; et probablement aussi à l'adopté, qui se trouvait dans la situation prévue par le sénatusconsulte Sabinien.

L'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* implique, chez celui qui l'exerce, un droit acquis d'une manière définitive, un droit actuel, certain sur la masse indivise : l'héritier volontaire devait donc, pour l'exercer, avoir fait adition de l'hérédité.

D'autre part, il n'y avait pas lieu à cette action, lorsque l'indivision n'existait pas ou avait cessé d'exister. Ainsi, lorsqu'un militaire avait institué deux héritiers, l'un pour son pécule *castrans*, l'autre pour le reste de ses biens, l'exercice de notre action n'était pas possible (1); les jurisconsultes considé-

(1) L. 25, § 1, D., l. 10, t. 2.

raient en effet que dans une telle hypothèse il y avait deux hérédités distinctes et un institué pour chacune d'elles, et que par suite l'indivision n'existait pas.

L'action *familiæ erciscundæ*, pour amener à une solution définitive, doit être dirigée contre tous les héritiers. Si l'un d'eux avait été omis, le partage était nul (1). — Toutefois il était permis à quelques cohéritiers, résolus à ne pas demeurer dans l'indivision, de procéder au moyen de notre action au partage entre eux des choses indivises (2); mais ils demeuraient alors dans l'indivision avec les autres héritiers qui n'avaient pas participé à l'échange, et conservaient contre eux le droit d'intenter l'action *familiæ erciscundæ*.

Il y a cependant un cas où un certain accord était nécessaire entre les parties. Lorsqu'un héritier décédait en laissant lui-même plusieurs héritiers, ceux-ci, représentant une même personne, ne pouvaient pas prendre des partis différents dans l'instance; ils devaient s'entendre pour la continuer ou l'arrêter, ou bien nommer un *procûrator* qui seul était appelé à prendre un parti en leur nom (3).

(1) Sent. de Paul, l. 1, t. 18, § 4.

(2) L. 2, § 4, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 48, D., l. 10, t. 2.

SECTION II.

Capacité des personnes.

A Rome, le partage participait de la nature, soit de l'échange lorsque les parties recevaient leur part dans les choses héréditaires, soit de la vente lorsqu'elles recevaient leur part en argent. Le partage était donc un acte d'aliénation.

De cette idée fondamentale il résulte que pour intenter l'action *familix erciscundæ*, il fallait être capable de disposer des objets soumis au partage. Étaient dès lors rangés dans la classe des incapables les pupilles et les personnes en curatelle.

Le pupille ne pouvait pas à lui seul rendre sa condition pire, c'est-à-dire que pour s'obliger, cesser d'être créancier, aliéner, il devait être habilité par l'autorisation, le concours du tuteur, par son *auctoritas*. Ce système de protection ne tarda pas à être regardé comme insuffisant pour certaines espèces d'aliénations; aussi, un sénatusconsulte proposé par l'empereur Septime Sévère vint poser ici une nouvelle limite aux pouvoirs des tuteurs : il leur fut défendu d'autoriser l'aliénation, et par suite un demande en partage des *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, c'est-à-dire de tous immeubles autres que les maisons ou les terrains situés dans les villes, sans avoir préalablement obtenu un décret du ma-

gistrat (1). Plus tard Constantin étendit cette mesure aux aliénations de leurs meubles précieux (2).

Le prodigue interdit était pourvu d'un curateur, dont le *consensus* lui était nécessaire toutes les fois qu'il s'agissait *conditionem suam facere deteriore*. Sa capacité était la même que celle du pupille; les actes pour lesquels l'*auctoritas* du tuteur était insuffisante, ne pouvaient être valablement accomplis avec le *consensus* du curateur; les aliénations visées par l'*Oratio Severi* lui étaient donc également interdites en dehors des causes et des formalités prescrites par le sénatusconsulte.

Les mêmes règles étaient applicables aux mineurs de vingt-cinq ans en curatelle (3).

Quant aux fous, les Romains paraissent avoir fait à toute époque une distinction entre les intervalles lucides et les moments de démence, distinction en apparence simple et rationnelle, mais qui devient dangereuse et hérissée de difficultés quand on passe de la théorie à la pratique. Dans ses intervalles lucides, le fou était considéré comme aussi pleinement capable qu'une personne qui n'aurait jamais perdu la raison : majeur, il pouvait alors aliéner ou provoquer un partage en toute liberté. Dans ses moments de démence, au contraire, l'intel-

(1) L. 4, § 2, D., l. 27, t. 9.

(2) L. 22, C., l. 5, t. 37.

(3) L. 11, D., l. 27, t. 9.

ligence et la volonté lui faisant absolument défaut, tous les actes qu'il pouvait faire étaient nuls, sans que le *consensus* de son curateur fût susceptible de prévenir cette nullité; le curateur devait alors agir seul, mais ses pouvoirs n'étaient point sans limites : pour aliéner des immeubles ruraux ou suburbains, pour en provoquer le partage, il devait se conformer aux règles protectrices édictées par le sénatusconsulte de Septime-Sévère.

En somme, nous pouvons poser comme principe que les personnes en tutelle ou en curatelle étaient incapables d'intenter l'action *familiæ erciscundæ*, même avec l'*auctoritas* ou le *consensus* de leurs tuteurs ou curateurs : c'était là un acte d'aliénation, et cet acte était prohibé par la loi.

Ils ne pouvaient provoquer le partage, mais avec cette *auctoritas* ou ce *consensus* ils pouvaient y défendre (1). Notre règle, protectrice seulement d'intérêts privés, venait alors se briser contre ce grand principe d'ordre public : « Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. » L'aliénation n'était plus une aliénation volontaire, mais une aliénation nécessaire, forcée; tout décret devenait inutile, puisque le magistrat n'avait plus le droit de le refuser; il était donc plus naturel, plus favorable aux intérêts des parties, de se contenter ici des formalités ordinaires, de se conformer aux simples prescriptions du droit commun.

(1) L. 17, C., l. 5, t. 71.

Cet examen de la situation des incapables quant à l'action *familiæ erciscundæ* nous amène à passer rapidement en revue celle de la femme mariée.

A l'origine, le mari devenait propriétaire de la dot, *dominus dotis*, et pouvait seul intenter les actions qui s'y rattachaient (1) : il avait donc le droit d'intenter l'action en partage.

Sous le règne d'Auguste, une loi *Julia de adulteriis* vint enlever au mari le droit de disposer de l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme (2). Or comme partager, c'est aliéner, il en résulta que le mari eut besoin de l'adhésion de son épouse pour intenter l'action *familiæ erciscundæ* relativement à des biens autres que des meubles ou des immeubles constitués en dot avec estimation. En revanche, on accorda toujours au mari, de même qu'au tuteur, le droit de défendre seul à l'action *familiæ erciscundæ*; c'est que la loi Julia ne s'appliquait qu'aux aliénations volontaires, et que le partage demandé par les cohéritiers de la femme devenait une opération forcée (3).

Justinien, pour protéger d'une façon plus efficace la dot de la femme, décida que le mari ne pourrait pas, même du consentement de celle-ci, aliéner le fonds dotal : désormais le fonds dotal devenait vrai-

(1) L. 11, C., l. 5, t. 11.

(2) Gaius, C. 2, § 63. — Paul, *Sent.*, l. 2, t. 21 B, § 2.

(3) L. 2, C., l. 5, t. 23.

ment inaliénable (1). Dès lors, il eut été logique de refuser au mari toute initiative de l'action *familiæ erciscundæ* ; cette conséquence toutefois ne fut jamais admise. Il eut été trop rigoureux de refuser aux époux le moyen de sortir de l'indivision, et de les priver du bénéfice de cette règle, qui domine toute notre matière : « Nemo invitus compellitur in « communione detineri. »

Une observation peut trouver ici sa place, qui se réfère à l'étendue des droits des parties après la *litiscontestatio*. Ordinairement, lorsqu'il y a eu *judicium acceptum*, un demandeur peut encore céder son droit à un tiers, pourvu que le magistrat consente à accorder une *translatio judicii*, un changement de nom dans la formule, de façon que le cessionnaire figure personnellement dans le procès et puisse obtenir condamnation en son propre nom.

On montre à cet égard beaucoup plus de sévérité dans les actions en partage : aucun des copropriétaires ne peut, après la *litiscontestatio*, céder son droit indivis sans l'agrément de ses copropriétaires (2).

SECTION III.

Exceptions opposables à l'action « *familiæ erciscundæ* ».

Indépendamment des moyens de défense, qui,

(1) Inst., l. 2, t. 8, pr. — l. 1, § 15, Code, l. 5, t. 13.

(2) L. 13, D., l. 10, t. 2.

étant la négation pure et simple du droit allégué, n'avaient pas besoin d'être insérés dans la formule pour être soumis à l'appréciation du juge, le défendeur pouvait encore paralyser la demande sans la contredire, sans nier qu'elle fût conforme au droit, à l'aide de certains moyens appelés exceptions, qu'il devait alors proposer *in jure*.

Un certain nombre de ces fins de non-recevoir étaient opposables à l'action *familiæ erciscundæ*. Suivant qu'elles avaient pour effet de faire écarter provisoirement l'action, ou de la faire définitivement rejeter, elles se divisaient, comme toutes les exceptions, en temporaires et dilatoires, ou perpétuelles et péremptoires. — Cette distinction présentait un sérieux intérêt pratique, suivant qu'on se plaçait avant ou après la délivrance de la formule. Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'action n'avait pas encore été mise en mouvement, le droit paralysé par une exception dilatoire conservait toute sa force, tandis qu'il était réputé nul en présence d'une exception péremptoire. Au cas où il y avait eu *litis-contestatio*, l'exception quelle qu'elle fût, du moment qu'elle était écrite dans la formule et reconnue fondée, produisait tout son effet : elle entraînait absolue-tion du défendeur, et le droit du demandeur était épuisé, perdu sans retour.

§ 1^{er}. — *Exceptions dilatoires.*

Le demandeur à l'action en partage pouvait

voir ajourner sa demande par une exception bien fréquemment usitée et qui a déjà fait l'objet de nos études; je veux parler de l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, qui le mettait dans la nécessité de faire reconnaître sa qualité d'héritier au moyen de la *petitio hereditatis* lorsqu'il ne possédait pas sa part des biens de la succession; ou, lorsqu'au contraire il était en possession, d'attendre que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ait préalablement tranché en sa faveur cette question incidente.

A l'origine, cette fin de non-recevoir était rangée dans une catégorie spéciale de moyens de défense : c'était une *præscriptio a parte rei* d'une nature particulière; on l'appelait *præjudicium*. Au temps de Gaius, elle fut convertie en exception (1). Toutefois, son caractère même devait perpétuer des différences de fond entre elle et les exceptions ordinaires. Son effet n'était que provisoire : elle retardait l'action au lieu de la paralyser. Par suite, malgré la fusion opérée, malgré le nouveau nom qu'on lui attribuait, l'exception *si in eâ re præjudicium hereditati non fiat* continuait à être examinée avant l'*intentio*; elle n'entraînait qu'un simple sursis, lorsqu'elle était prouvée, c'est-à-dire lorsque le défendeur avait établi que l'instance pendante préjugait la question plus importante de savoir si son adversaire était véritablement héritier; enfin différence remarquable et essentielle, le

(1) Gaius, C. 4, § 133.

droit allégué dans l'*intentio* n'était pas réputé déduit en justice : le demandeur était écarté, mais non vaincu, et le jour où la *præscriptio* avait cessé d'être fondée, il reproduisait valablement sa demande (1).

En vertu du principe que nul ne serait tenu de demeurer dans l'indivision, il était interdit à des héritiers de convenir que l'indivision durerait toujours (2). Au contraire, la convention était valable, lorsqu'elle constatait leur commun accord de ne point réclamer le partage avant une époque déterminée. Elle fournissait alors aux cohéritiers l'exception *pacti conventi*, pour résister à la prétention de celui qui avant le terme fixé aurait intenté l'action *familiæ erciscundæ*.

A cette indivision volontaire il faut assimiler celle qui aurait été imposée aux parties par la volonté du *de cujus*, mais seulement pour un temps limité. Cette condition, imposée à des héritiers volontaires, devait être respectée, bien que le jurisconsulte Marcellus soit d'un avis contraire ; Ulpien, approuvant une décision de Julien, la déclare valable, par ce motif qu'il s'est formé avant l'adition d'hérédité une société en vue d'une chose future, d'une succession à venir (3).

(1) LL. 16 et 18, D., l. 44, t. 1.

(2) L. 14, § 2, D., l. 10, t. 3.

(3) L. 4, § 1, D., l. 28, t. 7.

§ 2. — *Exceptions péremptoires.*

Le partage amiable était la manière la plus simple et la plus avantageuse de mettre fin à l'indivision. Toutefois, cette convention ne transférait pas à chaque héritier la propriété exclusive de ce qui lui était attribué dans les biens de la succession : il fallait une tradition réciproque. Celle-ci une fois exécutée, une exception *pacti conventi* compétait à chacun des copartageants, pour faire définitivement rejeter l'action *familiæ erciscundæ* intentée par l'un d'entre eux : les contestations, désormais soulevées, ne pouvaient être tranchées que par l'action *præscriptis verbis* (1).

A défaut de tradition, ou si le partage amiable avait été incomplet, l'action *familiæ erciscundæ* pouvait être intentée pour le tout dans le premier cas, pour la partie des biens non divisés dans le second (2).

L'action *familiæ erciscundæ* ne s'exerçait qu'une seule fois. On accordait aux copartageants l'exception *rei judicatæ*, pour repousser toute nouvelle demande en partage de la succession. Si des biens avaient été omis et étaient restés indivis, soit parce que les parties ne les connaissaient pas au moment du partage, soit parce qu'elles avaient oublié de les

(1) L. 7 et 8, C., l. 3, t. 38.

(2) L. 1, C., l. 3, t. 36.

déclarer au juge, soit parce que ce dernier avait négligé de les comprendre dans l'*adjudicatio*, nous savons que les cohéritiers en obtenaient la division au moyen de l'action *communi dividundo* (1).

Il existait une dérogation au principe que l'action *familiæ erciscundæ* ne pouvait pas être renouvelée. C'était le cas où, *causâ cognitâ*, il y avait rescision de la sentence du juge et *restitutio in integrum*. On se bornait du reste à appliquer ici les mesures de réaction, que l'équité prétorienne avait imaginées contre la rigueur du droit civil : et là comme ailleurs, la rescision, tendant à détruire les effets d'un acte régulier, n'était accordée que pour des causes prévues et avec une extrême discrétion.

La prescription pouvait-elle constituer une exception opposable à l'action *familiæ erciscundæ*? De nombreux interprètes se fondant sur une constitution de Justinien (2), ont soutenu qu'au bout de trente années d'indivision une demande en partage pouvait être repoussée. — Sans vouloir entrer dans de longues discussions sur ce sujet, nous remarquerons seulement, combien il nous paraît inadmissible que la prescription, introduite dans le droit pour mettre fin aux procès, puisse faire perdre un droit qui a le même but, qui tend à arrêter les contestations que

(1) L. 20, § 4, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 1, § 1, C., l. 7, t. 40.

produit constamment l'état d'indivision. Nous nous contenterons de rappeler ici l'opinion, que nous avons déjà eu l'occasion d'émettre sur ce point : tant que l'indivision subsistait, aucune prescription ne pouvait faire échec à l'action *familiæ erciscundæ*; elle était, au contraire, opposable lorsqu'un héritier avait pendant trente ans possédé seul et à titre de propriétaire un bien héréditaire, ou prétendait se libérer ainsi des obligations dont il était tenu envers ses cohéritiers à raison de l'état d'indivision.

CHAPITRE III.

FORMATION DE LA MASSE A PARTAGER.

L'objet principal et direct de l'action *familiæ erciscundæ* est le partage entre tous les héritiers des biens indivis qui composent la succession, à laquelle ils sont appelés. Pour atteindre ce but, le juge doit procéder tout d'abord à la formation de la masse, dont il aura ensuite à effectuer la division. Différentes opérations lui incombent à cet effet : d'une part, il est appelé à déterminer les biens auxquels s'applique l'action et ceux qui en sont bannis ; d'autre part, il doit veiller à ce que certaines valeurs soient rapportées, tandis que d'autres feront l'objet d'un prélèvement.

En général, on ne poursuivait par l'action *familiæ erciscundæ* que le partage d'une seule et même succession. Elle pouvait être exercée par les mêmes cohéritiers autant de fois qu'il y avait d'hérédités distinctes (1) : c'était l'application naturelle de leur droit de sortir de l'indivision. — Toutefois, l'obligation de renouveler ainsi plusieurs fois des demandes en partage n'était pas nécessaire : on accordait la faculté de ne recourir qu'à une seule action *familiæ erciscundæ* pour plusieurs hérédités, lorsque pour des

(1) L. 25, § 5, D., l. 40, t. 2.

causes diverses elles étaient communes entre les mêmes personnes (1); le cumul s'opérait alors sur la demande d'un seul des intéressés, et le juge avait mission pour comprendre dans une seule et même masse tous les biens de ces différentes successions.

SECTION PREMIÈRE.

Des biens partageables.

En principe, le juge opère le partage de tous les biens héréditaires, pourvu qu'ils soient divisibles.

C'est ainsi que toutes les choses, mobilières ou immobilières, qui ont passé du défunt à ses héritiers, sont du domaine de l'action *familiæ erciscundæ*. Et ce ne sont pas simplement celles dont le *de cujus* avait la propriété quiritaire; ce sont encore celles qu'il avait seulement *in bonis*, ou sur lesquelles il n'avait qu'un droit d'emphytéose ou de superficie, ou même dont il n'avait que la simple possession de bonne foi (2).

Il n'y avait pas à distinguer si ces biens étaient ou non affectés de modalités, ni si ces modalités avaient pris naissance sur la tête de la personne décédée ou sur celle de ses héritiers. Si par exemple un bien héréditaire avait été légué sous condition, il devait être compris dans le partage, mais *cum suâ causâ*,

(1) L. 25, §§ 3 et 4, D., l. 10, t. 2. — L. 8, C., l. 3, t. 36.

(2) L. 10, D., l. 10, t. 2.

c'est-à-dire que l'héritier, entre les mains duquel il passait, courait le risque d'en être dépossédé à l'arrivée de la condition en faveur du légataire (1) : telle était du moins l'opinion sabinienne, qui triompha de bonne heure (2). — C'est en vertu du même principe que les choses du défunt prises par l'ennemi devaient aussi être partagées, *propter spem postliminii* (3) : l'héritier, auquel elles étaient attribuées, stipulait une indemnité pour le cas où elles ne lui feraient pas retour, à moins qu'il n'eût reçu dans son lot, non pas les objets eux-mêmes, mais la chance qu'il avait de les recouvrer.

Le juge comprend encore dans l'action *familiæ erciscundæ* les choses que les héritiers ont acquises eux-mêmes *ex causâ hereditariâ* depuis l'addition d'hérédité. Tels sont par exemple les biens qui, ayant été livrés au défunt *a non domino*, ont été usucapés par ses héritiers ; ou bien ceux qui, ayant été achetés par le défunt, ont été livrés à ses héritiers (4).

Bien plus, il faut encore faire rentrer dans l'action *familiæ erciscundæ* des choses dont l'hérédité s'était accrue même depuis la *litis contestatio* ; comme l'alluvion (5), le part des esclaves et des animaux (6), les

(1) L. 12, § 2, D., l. 10, t. 2.

(2) Gaius, C. 2, § 200.

(3) L. 23, D., l. 10, t. 2.

(4) L. 9, D., l. 10, t. 2 ; — l. 52, *eod. tit.*

(5) L. 16, § 3, D., l. 10, t. 2.

(6) LL. 11 et 12 pr., D., *eod. tit.*

acquisitions faites par un esclave héréditaire (1). — Quant aux fruits, s'ils avaient été perçus avant l'addition par un héritier de bonne foi, ils lui étaient définitivement acquis (2). Mais, s'ils avaient été perçus de mauvaise foi, ou depuis l'addition, et même après la *litis contestatio*, on leur appliquait le sénatusconsulte Juventien ; on les regardait comme biens héréditaires en vertu de la maxime « *fructus augent hereditatem*, » et à ce titre on les comprenait dans le partage (3).

L'action *familiæ erciscundæ*, avons-nous dit, s'appliquait tout aussi bien aux meubles qu'aux choses immobilières. Aussi voyons-nous des textes tirer les conséquences de cette règle, pour résoudre des questions à l'égard desquelles un doute aurait peut-être pu s'élever. Ainsi, les animaux sauvages, comme les pigeons et les abeilles, bien qu'ils ne fussent pas enfermés, devaient faire l'objet d'un partage, tant qu'ils avaient conservé l'habitude du retour (4). Il en était de même de l'argent trouvé dans la caisse du défunt, ou resté entre les mains de son intendant héritier inscrit (5).

Enfin, si il était vrai qu'un lieu sacré ne pût faire

(1) L. 12, § 1, *eod. tit.*

(2) L. 44, § 3, *eod. tit.*

(3) L. 56, *eod. tit.* — L. 25, § 19, D., l. 5, t. 3.

(4) L. 8, §§ 1 et 2, D., l. 10, t. 2.

(5) L. 52, § 1, *eod. tit.*

l'objet d'un débat judiciaire, cependant le juge de l'action *familiæ erciscundæ* était compétent pour statuer sur le partage du fonds qui avait été consacré à son emplacement (1).

Jusqu'ici nous n'avons énuméré, comme soumises au partage, que des choses corporelles. L'action *familiæ erciscundæ* s'appliquait cependant encore à certains droits.

Lorsque pour sûreté d'une créance le défunt avait reçu un gage, il était nécessaire de ne point le délaissier : lors du partage, le juge attribuait la chose *pignori data* à l'un des cohéritiers : et celui-ci, devenu seul titulaire du droit, seul maître de la créance, était en même temps condamné envers ses cohéritiers à leur en payer la part à laquelle ils pouvaient prétendre (2).

Un usufruit pouvait naître au profit de tous les cohéritiers d'une succession, soit parce que le défunt le leur avait réservé en léguant à un étranger la nue-propriété d'un fonds, soit parce qu'un tiers avait fait un don ou un legs de ce genre à un esclave héréditaire. Ce droit devenait alors indivis ; mais pouvait-il entrer dans l'action *familiæ erciscundæ* ? Rigoureusement non, car il semble impossible d'attribuer l'usufruit qui appartient à une personne à une autre

(1) L. 30, *cod. tit.*

(2) L. 29, D., l. 10, t. 2.

que celle sur la tête de qui le droit a pris naissance ; ce serait en effet détruire ce droit et le remplacer par un usufruit nouveau et distinct du premier. Aussi certains jurisconsultes romains regardaient-ils la cession de l'usufruit, soit par *adjudicatio*, soit par *in jure cessio*, comme entraînant son extinction. A l'époque de Gaïus, l'opinion avait cependant prévalu que l'usufruit n'était pas éteint, mais que la cession était nulle (1). Par une progression d'idées analogues, et pour satisfaire aux besoins de la pratique, on arriva à admettre certains moyens détournés par lesquels le juge pouvait partager, non pas le droit d'usufruit lui-même, mais les émoluments qui en provenaient. Ces profits se composant de choses essentiellement divisibles étaient alors distribués facilement entre les différents intéressés (2).

Les mêmes règles s'appliquaient au droit d'usage. Le juge était appelé à le comprendre dans ses opérations et à pourvoir à son règlement (3).

Tels sont les biens qui venaient concourir à la formation de la masse à partager ; et cependant, ce n'étaient point les seuls dont le juge eût à se préoccuper. Sa mission lui imposait d'autres devoirs, les uns en vue de l'intérêt public, les autres en faveur des parties elles-mêmes.

(1) Gaïus, C. II, § 30.

(2) LL. 14, § 1 ; 15 et 16 pr., D., l. 10, t. 2.

(3) L. 10, § 1, D., l. 10, t. 3.

Ainsi, les livres prohibés, certaines préparations pharmaceutiques dangereuses, devront par son ordre être détruits sans retard. — Il prendra des mesures pour ne point laisser en possession des héritiers les choses héréditaires dont l'acquisition a son origine dans un délit ou dans un crime (1). — Il décidera entre les mains de quelle personne seront remis les titres de la succession (2).

SECTION II.

Des choses échappant au partage.

De l'énumération que nous avons faite des biens soumis au partage, il ressort que l'action *familiæ erciscundæ* s'appliquait essentiellement à des choses corporelles. Si elle pouvait embrasser certains droits, tels que des servitudes personnelles, c'est que sous l'empire de la nécessité on avait fini par faire fléchir les règles ordinaires de la cession à leur égard, et on avait offert au juge des moyens détournés qui lui permettaient de partager, sinon le droit lui-même, du moins les émoluments qui en provenaient. Mais, cette extension était très restreinte ; et elle devait l'être, soit à raison des dispositions législatives statuant sur les choses incorporelles, soit à cause même de leur nature.

(1) L. 4, §§ 1 et 2, D., l. 10, t. 2. }

(2) LL. 5 et 6, D., *eod. tit.* — L. 5, C., l. 3, t. 38.

D'après la loi des Douze-Tables les créances et les dettes de la succession se divisaient de plein droit entre les héritiers proportionnellement à leurs parts héréditaires : il ne pouvait donc être question d'en opérer un partage judiciaire (1). Là où il n'y avait que des créances ou des dettes, l'action *familiæ erciscundæ* ne pouvait être admise (2) : les cohéritiers étaient dépourvus de toute action les uns contre les autres, car ils n'en avaient aucun besoin. Une semblable hypothèse devait être bien rare. Le plus souvent l'hérédité comprenait aussi des choses corporelles ; mais toujours la division légale des obligations actives et passives était fatale, nécessaire. Ce n'était pas à dire pour cela que le juge ne pût en aucun cas imposer à l'un des héritiers l'obligation de payer seul telle dette, ou lui conférer le droit d'exiger seul telle créance. Notre principe n'avait rien de contraire à ces résultats ; il signifiait seulement que le juge n'avait pas le pouvoir de déplacer directement les créances et les dettes, comme il déplaçait la propriété des choses corporelles. A cet égard, les attributions qu'il prononçait, et les charges qu'il imposait, n'avaient qu'un effet : c'est que la partie à laquelle elles s'adressaient, pouvait poursuivre ou être poursuivie *procuratorio nomine* du chef du véritable créancier ou du véritable débiteur (3).

(1) L. 6, C., l. 3, t. 36.

(2) L. 25, § 1, dernière phrase, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 3, D., l. 10, t. 2.

Les servitudes prédiales, étant indivisibles par essence, échappaient à l'action *familiæ erciscundæ*. Ce n'étaient point des droits distincts des fonds auxquels ils appartenaient, c'étaient des qualités actives ou passives, qui ne pouvaient être partagées ou adjudgées indépendamment des héritages qu'elles affectaient.

Si la constitution d'une servitude avait été simplement promise au défunt, ses héritiers ne pouvaient pas contraindre le promettant à l'établir; mais on leur accordait une *condictio*, par laquelle ils obtenaient une somme calculée sur l'intérêt qu'ils avaient à son établissement, et distribuée entre chacun d'eux proportionnellement à sa part héréditaire (1). — A l'inverse, lorsque le défunt avait promis de constituer une servitude au profit d'un tiers, ses héritiers étaient tenus chacun pour le tout de l'exécution. S'ils refusaient de consentir à l'établissement de la servitude, la condamnation consistait en une somme d'argent, mise à la charge de chacun proportionnellement à sa part héréditaire. Un seul d'entre eux pouvant être condamné à payer toute la somme, à raison de l'indivisibilité de la créance, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* devait assurer son recours en faisant intervenir des promesses réciproques au moment du partage (2).

(1) L. 25, § 9, *ead. tit.*

(2) L. 25, § 10, D., l. 10, t. 2.

Étaient également soustraits au partage, à raison de leur indivisibilité, certains droits qui passaient pour le tout sur la tête de chaque cohéritier individuellement, tels que les droits de patronage. Aussi on avait décidé que le partage des aliments dûs par des affranchis aux héritiers de leur patron était valable, tandis qu'il y avait nullité du partage de ces affranchis eux-mêmes (1).

Enfin, certaines choses, bien que corporelles, étaient parfois écartées de l'action *familiæ erciscundæ* ; ceci arrivait, lorsque l'un de ces deux caractères leur faisait défaut, à savoir d'être biens héréditaires et d'être biens communs.

Or, n'étaient point considérés comme biens héréditaires, et par suite étaient exclus du partage, les pécules castrans, quasi-castrans, et adventices sous Justinien : ils constituaient en effet la propriété des fils de famille. — Pour la même raison, les objets, qu'un héritier avait reçus du défunt en vertu d'un achat ou d'une donation, ne pouvaient pas être compris dans l'action *familiæ erciscundæ* (2) ; et il en était ainsi, dès qu'il existait des contestations sur le titre en vertu duquel la chose était possédée (3).

Enfin, il n'y avait plus lieu de comprendre dans

(1) L. 41, *eod. tit.* — L. 24, D., l. 37, t. 14.

(2) L. 25, §§ 7 et 8, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 45, *eod. tit.*

l'action *familiæ erciscundæ* les choses héréditaires, dont un héritier avait aliéné sa part : ces biens en effet, quoiqu'ils fussent restés dans l'hérédité pour les parts des autres intéressés, avaient cessé d'être communs entre eux et l'aliénateur (1).

SECTION III.

Des rapports.

Le rapport, ou *collatio bonorum*, était une institution prétorienne, essentiellement équitable. Elle consistait dans l'obligation imposée aux descendants émancipés de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* arrivant en même temps qu'eux à l'une des *bonorum possessiones contra tabulas* ou *undè liberi* (2). Le préteur qui rescindait la *capitis deminutio* à l'effet de rendre à l'émancipé son droit sur la succession paternelle, devait en effet, sous peine de heurter à la fois l'équité et la logique, la rescinder aussi à l'effet de donner aux *sui* le droit qu'elle les avait empêchés d'acquérir sur les biens de l'émancipé.

Le droit d'exiger ce rapport et d'en profiter n'appartenait jamais qu'aux *sui* (3); par suite, le *suus* en concours avec plusieurs émancipés se trouvait néces-

(1) L. 54, *eod. tit.*

(2) L. 1, *pr.*, D., l. 37, t. 6.

(3) L. 3, §§ 2 et 3, D., l. 37, t. 6.

sairement mieux traité que chacun d'eux (1), et d'autre part, lorsque la *bonorum possessio* n'était déferée qu'à des émancipés, il ne pouvait être question de rapport (2).—Du reste, la *collatio* n'était dûe aux *sui* qu'autant que le concours de l'émancipé leur préjudiciait, et dans la mesure même de ce préjudice (3).

Le rapport s'appliquait en principe à tous les biens qui sans l'émancipation se seraient trouvés compris dans la succession, mais ne s'appliquait qu'à ces biens. L'émancipé devait donc communiquer à ses cohéritiers *sui* tous les biens qu'il avait acquis depuis son émancipation jusqu'au décès du père, tels que ces biens se trouvaient à ce moment et dès lors sous la charge des dettes qui les grevaient; toutefois il était admis à conserver son pécule castrans et quasicastrans, les biens dont son père l'avait gratifié *donationis causâ*, la dot qui lui venait de sa femme, et les actions d'injures qui pouvaient lui appartenir.

Telle fut la théorie prétorienne. En réalité, la *collatio bonorum*, telle qu'elle nous apparaît à son origine, mérite plutôt d'être qualifiée d'apport que de rapport, puisque l'émancipé restituait des biens qu'il pouvait avoir acquis personnellement, au lieu d'être simplement tenu de rendre compte des libéralités qu'il avait reçues du *de cuius*.

(1) L. 1, § 24, D., l. 37, t. 6.

(2) L. 9, C., l. 6, t. 20.

(3) L. 1, § 5, D., l. 37, t. 6.

Cette idée du rapport, qui fut appliquée d'une manière générale dans le droit de Justinien, nous apparaît déjà à l'époque classique dans la *collatio dotis*.

La fille émancipée qui, lors de son émancipation ou plus tard, avait acquis des biens à titre de dot, devait naturellement rapporter ces biens comme tout enfant émancipé devait apporter ce qu'il avait acquis depuis son émancipation.

Quant à la fille restée en puissance, elle était dispensée par les dispositions de l'édit de rapporter sa dot. Mais, cet avantage exorbitant lui fut retiré par Antonin le Pieux; et dès lors, la fille demeurée *in potestate defuncti*, la *filia sua* fut également obligée d'effectuer le rapport de sa dot, et non seulement de sa dot profectice, de celle qui lui avait été constituée par le père, mais encore de sa dot adventice. Cette *collatio dotis* était obligatoire pour toute fille qui succédait *ab intestat* ou contre le testament; seulement, tandis que la dot profectice devait être rapportée à tous les enfants, aussi bien aux émancipés qu'aux *sui*, il fut admis, après beaucoup d'hésitations et de controverses, que la dot adventice ne serait rapportée qu'aux *sui* (1).

Toutefois, la législation romaine était en cette matière partie d'un point de vue autre que la législation française. Tandis que le Code civil s'est basé sur cette idée qu'il faut établir l'égalité entre les hé-

(1) L. 1, § 7, D., l. 37, t. 7. — L. 4, C., l. 6, t. 20.

ritiers toutes les fois que le contraire n'est pas certain, à Rome il suffisait que l'intention du défunt fût probable pour qu'on en tînt compte. Par suite, pour qu'un héritier fût affranchi de la *collatio*, il n'était pas nécessaire que le *de cujus* en eût formellement exprimé la volonté : une dispense tacite était suffisante. C'est pour ce motif que le jurisconsulte Scævola dispensait de rapporter la dot dans l'espèce suivante : un père meurt *intestat*, laissant un fils et une fille dotée par lui de son vivant ; par des codicilles il avait partagé son patrimoine entre ses deux enfants, de façon que le fils eût une part beaucoup plus forte que celle de sa fille ; par là il semblait bien avoir voulu imputer la dot, que celle-ci avait reçue, sur sa part héréditaire, et par cela même la dispenser du rapport (1).

Au contraire, si un père, mort *intestat*, avait laissé deux fils et une fille par lui dotée ; il avait pourvu à l'établissement d'un de ses enfants, mais il était probable qu'il n'avait pas voulu l'avantager ; aussi en cette hypothèse la sœur était tenue envers ses frères à la *collatio dotis* (2).

La *collatio dotis* avait introduit dans la matière un principe tout nouveau, celui du rapport de ce dont la fille dotée se trouvait enrichie aux dépens du patrimoine paternel ; principe d'où découlait natu-

(1) L. 39, § 1, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 20, pr., D., *eod. tit.*

rellement cette conséquence que l'obligation du rapport, imposée à toutes les filles dotées sans distinction, devait également agir en faveur de tous les enfants, émancipés ou *sui*, en tant que le prélèvement de la dot avait eu pour effet de diminuer leurs parts héréditaires. Ce principe, essentiellement différent de celui qui servait de base à la *collatio bonorum* dont la raison d'être était l'incapacité d'acquérir des enfants sous puissance, ne tarda pas à s'introduire également dans cette espèce de *collatio* et dut nécessairement prévaloir à mesure que, par la création et le développement des pécules adventices, cette incapacité vint à disparaître ; aussi domine-t-il exclusivement dans la législation de Justinien.

Déjà l'empereur Léon, en l'année 439, avait décidé qu'un descendant quelconque succédant à son ascendant ou à son acendante, soit en l'absence de testament, soit par la *bonorum possessio contrà tabulas*, soit même par l'effet de la *querela inofficiosi*, rapporterait la dot ou la donation *antè nuptias* par lui reçue du défunt ou de la défunte (1). Cette décision contenait en germe une théorie nouvelle, qui devait exiger le rapport dans la succession de tout ascendant et n'y soumettre que des biens reçus par le successible du défunt lui-même.

Ce fut Justinien qui consumma la réforme, en dé-

(1) L. 17, C., l. 6, t. 20.

cidant que le descendant successible, émancipé ou resté en puissance, serait tenu de rapporter tous les biens qu'il aurait reçus du défunt et qui régulièrement s'imputent sur la quarte légitime, ainsi que la dot et la donation *antè nuptias* ; tandis qu'il déclarait affranchis du rapport tous les biens qui échappaient à l'acquisition du père, c'est-à-dire non-seulement les *bona castrensia* ou *quasicastrensia*, mais aussi les *bona adventitia* (1).

Enfin, la Novelle 18 acheva de régulariser cette théorie. Justinien, en effet, dérogeant à l'ancien droit, décida que les libéralités sujettes à rapport dans la succession *ab intestat*, auraient dorénavant le même sort dans la succession testamentaire ; il fallait que l'intention du père de dispenser du rapport fût exprimée dans le testament d'une manière formelle.

SECTION IV.

Des prélèvements.

Certains héritiers pouvaient être admis à distraire des biens de la masse héréditaire, à les prendre par préciput et hors part, en un mot à les prélever. Comme les rapports, ces prélèvements étaient donc une opération préliminaire du partage. Ils étaient fondés sur des causes diverses.

(1) L. 24, C., l. 6, t. 20.

Le legs *per præceptionem* nous apparaît tout d'abord : c'était la manifestation précise et expresse de la volonté du défunt de favoriser, d'avantager l'un de ses héritiers, en lui réservant en entier une chose de sa succession. Le testateur pouvait léguer ainsi un bien héréditaire, une somme d'argent. En ce dernier cas, si la somme se trouvait en numéraire dans la succession, elle était payée au légataire dans son intégrité ; mais s'il n'y avait pas d'argent en quantité suffisante, le juge ordonnait la vente de certains biens, ou condamnait les cohéritiers à payer au légataire par préciput, non pas la totalité de la somme, mais une partie proportionnelle aux droits de chacun d'eux (1) : de telle sorte que dans cette hypothèse comme dans la première le légataire avait à supporter en dernière analyse une part de son legs proportionnelle à sa portion héréditaire.

Le testateur pouvait aussi léguer *per præceptionem* une créance qu'il avait contre un tiers. Pour assurer l'effet de ce legs, le juge exigeait que chaque cohéritier cédât à celui qui devait en bénéficier son action contre le débiteur (2). — On avait recours à un procédé analogue au cas d'un legs de libération : les cohéritiers du légataire par préciput prenaient l'engagement de ne pas lui réclamer l'exécution de cette dette (3).

(1) L. 25, § 22, D., l. 10, t. 2. — L. 26, *eod. tit.*

(2) L. 4, pr., D., l. 10, t. 2.

(3) L. 42, *eod. tit.*

Si la chose, léguée par préciput à l'un des héritiers, avait été donnée en gage ou hypothéquée par le testateur, elle devait être dégagée, avant d'être livrée au légataire. Peu importait au surplus que le testateur eût connu ou ignoré l'existence de ce droit réel (1). Ce dégagement étant mis à la charge de la succession, il en résultait que le légataire y concourait lui-même proportionnellement à sa part héréditaire, conformément aux solutions données dans les espèces précédentes.

Enfin, par l'action *familiæ erciscundæ* un héritier prélevait, non seulement le legs fait à lui-même, mais encore les legs laissés à d'autres personnes et dont l'exécution lui avait été confiée (2).—Si une dette avait été mise à sa charge, il devait promettre à ses cohéritiers de la payer à lui seul, et leur donner caution que de ce chef il les rendrait indemnes (3).

Aux legs par préciput il fallait assimiler les donations entre-vifs faites par un père de famille à l'un de ses enfant *in potestate*. Dans le droit classique cette donation était nulle ; le fils ne pouvait s'en prévaloir, après la mort de son père, qu'autant qu'une disposition testamentaire l'avait confirmée. — Mais, dès le troisième siècle, cette doctrine fut modifiée par des rescrits impériaux : le silence

(1) LL. 28 et 33, *eod. tit.*

(2) L. 96, § 3, D., l. 30-4^o.

(3) L. 20, § 5, D., l. 10, t. 2.

du père jusqu'à sa mort fut reconnu suffisant pour confirmer la libéralité, et, en conséquence, les biens qui en faisaient l'objet durent être adjugés hors part à l'enfant donataire par le juge de l'action *familiæ erciscundæ* (1).

Justinien admit une doctrine mixte. La donation avait-elle été insinuée, ou était-elle par sa modicité affranchie de l'insinuation ? Le silence du père jusqu'à sa mort la confirmait, et elle était réputée valoir comme donation entre-vifs du jour même où elle avait été faite : le prélèvement devait en être effectué. Au contraire, l'insinuation avait-elle été négligée, quoique nécessaire ? la libéralité, au moins pour la quantité excédant cinq cents solides, ne pouvait valoir que par une confirmation testamentaire et seulement comme donation à cause de mort (2).

Lorsqu'un fils de famille *alieni juris* contractait mariage, la dot de sa femme passait entre les mains de son père. Au décès de celui-ci, le fils, devenu *sui juris*, voyait retomber sur sa tête toutes les charges du mariage ; la propriété exclusive des biens constitués en dot à son épouse devait donc lui appartenir dès cette époque. Aussi, en vertu de ce principe souverainement équitable « *ibi dos esse debet, ubi onera*

(1) L. 18, pr., C., l. 3, t. 36. — L. 2, C., l. 3, t. 29. — *Fr. Vat.*, §§ 274 et 281.

(2) L. 25, C., l. 5, t. 16.

« matrimonii sunt » (1), il était admis à effectuer avant tout partage le prélèvement de la dot (2).

Pour la même raison, il pouvait également prélever les dots constituées aux femmes des enfants qui restaient sous sa puissance; car, devenant à son tour chef de famille, il se trouvait chargé de l'entretien de tous ses descendants.

Le fils de famille, en prélevant ainsi la dot de sa femme, agissait en sa qualité de mari, et non comme héritier; aussi avait-il ce droit, alors même qu'il eût été exhéredé (3). Toutefois, en ce dernier cas, au lieu d'une action directe, il n'avait qu'une action *familiæ erciscundæ* utile (4).

Ce prélèvement portait naturellement sur la totalité de la dot, lorsque le père l'avait reçue tout entière. Si elle avait été versée entre les mains du fils lui-même, celui-ci n'était appelé à prélever que la partie dont son père était tenu en vertu des actions *de peculio* ou *de in rem verso*, c'est-à-dire que le montant du pécule ou du profit que son père avait retiré de cette dot. En tous cas, il devait fournir caution à ses cohéritiers de les garantir de l'action en restitution, qui pouvait être intentée contre eux dans la suite, soit par la femme, soit par celui qui avait

(1) L. 56, § 1, D., l. 23, t. 3.

(2) L. 20, § 2, D., l. 10, t. 2. — L. 2, C., l. 3, t. 36.

(3) L. 1, § 9, D., l. 33, t. 4.

(4) Pellat, *Traité de la dot*, 2^e édition, p. 261.

constitué la dot en stipulant qu'elle lui ferait retour.

Quant aux fruits provenant des biens dotaux, ils appartenaien au mari à partir de la *litis contestatio*, sous la déduction des impenses nécessaires; perçus avant cette époque, ils se partageaient proportionnellement entre tous les héritiers (1).

Il existait un cas où le fis de famille perdait son droit au prélèvement de la dot de sa femme : lors en effet qu'il avait divorcé avant la mort du père, son mariage étant dissous, il n'avait plus à cette époque à supporter les charges du mariage : la cause de son droit avait donc disparu.

Justinien, dans cet ordre d'idées, avait introduit une nouvelle cause de prélèvement (2). Lorsqu'un ascendant, après avoir fait une donation *propter nuptias* ou constitué une dot à l'un de ses descendants, était rentré en possession des biens donnés, ces biens pouvaient encore être prélevés par le donataire, pourvu que l'ascendant n'en eût point disposé par testament. Si les cohéritiers du descendant étaient des étrangers, ce prélèvement avait toujours lieu. S'ils étaient aussi des descendants du *de cujus*, le prélèvement ne s'opérait que jusqu'à concurrence de la quantité de biens prélevés par les autres enfants en vertu de libéralités qu'ils avaient le droit de conserver. Cette décision était basée sur ce qu'il

(1) L. 51, pr., D., l. 10, t. 2.

(2) L. 12, C., l. 3, t. 38.

s'agissait alors d'une succession testamentaire, et que la *collatio bonorum* n'était pas dûe. Aussi cette faveur dut-elle disparaître, lorsque Justinien eût décidé que le rapport aurait lieu même en cas de succession testamentaire.

Lorsqu'un héritier était personnellement tenu d'une obligation héréditaire, il pouvait encore de ce chef exercer un prélèvement, qui se réglait sur l'étendue de l'obligation du défunt lui-même. Ainsi, un fils de famille pouvait s'obliger civilement vis-à-vis des tiers; le créancier pouvait le poursuivre directement; mais il avait également le droit de recourir contre le père, soit pour le tout au moyen de l'action *quod jussu* si le fils avait contracté par son ordre, soit jusqu'à concurrence du pécule ou du profit qu'il a retiré de l'opération, grâce aux actions *de peculio* ou *de in rem verso* si le contrat ayant été fait sans sa volonté lui a profité. En conséquence, si à la mort du père de famille, le fils a désintéressé le créancier, il aura droit de prélever sur les biens héréditaires une valeur égale à celle dont le *de cujus* eût été tenu dans la dette (1).

A bien plus forte raison, le prélèvement était-il accordé au fils de famille qui avait payé une dette de son père; qui, par exemple, ayant succombé dans un procès qu'il avait soutenu au nom de celui-ci avait payé le créancier de ses propres deniers (2).

(1) L. 20, §§ 1, 6, 7, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 25, § 19, D., l. 10, t. 2.

CHAPITRE IV.

DE L'OFFICE ET DES POUVOIRS DU JUGE.

Les rapports effectués, les prélèvements déduits, restait une masse de biens, dont le devoir du juge était d'opérer le partage entre tous les héritiers, proportionnellement aux droits héréditaires de chacun d'eux (1), et sans rien laisser dans l'indivision (2). — Pour obtenir ce résultat, il devait faire une estimation préalable des choses qui composaient la succession (3). La raison de cette opération préliminaire était évidente : le rôle du juge de l'action *familiæ erciscundæ* était de transformer le droit indivis sur une masse en un droit distinct sur des objets particuliers ; or, si le testament ou la loi lui révélait la connaissance exacte du premier de ces termes, il ne pouvait se rendre compte du second qu'au moyen d'une évaluation.

Cette opération achevée, le moment était venu d'attribuer à chaque partie le lot auquel elle avait droit. En principe, le juge n'avait à cet égard d'autre règle que sa volonté : il partageait à sa guise, en s'efforçant de remplir sa mission en homme de bien (4), et en s'inspirant de l'intérêt des communistes

(1) L. 32, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 25, § 20, *eod. tit.*

(3) L. 52, § 3, *eod. tit.*

(4) L. 4, § 1, D. l. 10, t. 2.

et de leurs convenances respectives (1). — Toutefois une restriction avait été apportée à cette grande liberté du juge. Il était tenu, avant tout, de se conformer à la volonté du défunt, quelle que fût la manière dont elle avait été manifestée. Toujours il devait la respecter, sauf à restreindre l'étendue des dispositions qui portaient atteinte à la légitime des enfants ou à la quarte falcidie des héritiers institués (2).

Pour mettre fin à toutes les contestations possibles entre les communistes, pour arriver à un partage entier et définitif, une double attribution était reconnue au juge de l'action *familiæ exerciscundæ*. D'une part, il avait un pouvoir exceptionnel, original, en vertu duquel il était autorisé à effectuer des transports de propriété : c'était le pouvoir d'adjuger. D'un autre côté, et par cela même qu'il s'agissait ici d'une action de bonne foi, il avait le droit de tenir compte de certaines obligations qui pouvaient grever indifféremment l'une ou l'autre des parties : à cet effet, il était muni du pouvoir de condamner.

SECTION PREMIÈRE.

Du pouvoir d'adjuger.

Ce pouvoir de faire des adjudications, d'attribuer à l'une des parties ce qui était la propriété de l'autre,

(1) L. 21, D., l. 10, t. 3.

(2) L. 20, § 5, D., l. 10, t. 2. — LL. 10 et 21, C., l. 3, t. 36.

formait le caractère saillant de l'action *familiae erciscundae* et des deux autres actions divisoires (1). Il était expressément conféré au juge par une partie spéciale de la formule, qui s'appelait elle-même *adjudicatio*, et qui était ainsi conçue : « Quantum adju-
« dicari oportet, judex Titio adjudicato (2). » Elle était nécessairement *incerta*, car il n'y avait aucune possibilité de déterminer à l'avance quelle en serait l'étendue. — Mais, l'*adjudicatio* ne nommait que le demandeur : c'était donc seulement en sa faveur qu'elle autorisait une attribution de propriété; et cependant il fallait que le juge pût faire des adjudications à toutes les parties. Aussi, si on se rappelle que chaque plaideur jouait dans notre action le double rôle de demandeur et de défendeur, il est assez naturel d'admettre que chacun d'eux obtenait une formule.

L'adjudication s'appliquait, tant aux choses corporelles qu'aux choses incorporelles, qui faisant partie de la succession, étaient soumises au partage. Elle était toujours pure et simple : car tel était le caractère des décisions judiciaires (3).

§ 1^{er}. — *Adjudication des choses corporelles.*

S'il s'agissait de biens facilement partageables, le

(1) Ulpien, tit. 19, § 16.

(2) Gaius, C. 4, § 42.

(3) *Fr. Vat.*, § 49.

juge pouvait sans difficulté en adjuger une part divisée à chaque héritier (1) : la situation était ainsi réglée immédiatement.

Mais le partage d'une chose héréditaire présentait souvent des inconvénients, la division d'un immeuble par exemple pouvait entraîner des conséquences fâcheuses pour son exploitation, le juge ne devait point en pareil cas séparer ce qui ne devait pas l'être. Deux moyens s'offraient à lui, pour arriver à une solution : ou bien il adjugeait à l'un des héritiers le fonds tout entier ; ou il le mettait aux enchères, et l'attribuait au plus offrant, cohéritier ou étranger, lorsque les étrangers avaient été admis à prendre part à la licitation (2). Au surplus, dans ces deux hypothèses, il condamnait l'adjudicataire à payer à chaque héritier une somme égale à sa part dans l'objet adjugé.

Lorsque la succession comprenait plusieurs immeubles, ils pouvaient être, séparément et en entier, adjugés à chaque cohéritier pour le montant de son estimation. Chacun d'eux devenait en même temps le débiteur des autres d'une certaine somme à titre de soulte. Mais le juge avait le droit d'opérer la compensation entre ces diverses dettes, et de condamner le débiteur de la plus forte somme à payer le reliquat (3).

(1) L. 22, § 2, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 22, § 1, *eod. tit.* — L. 55, *eod. tit.*

(3) L. 52, § 2, D., l. 10, t. 2.

Certaines circonstances, puisées dans l'intérêt des tiers, venaient parfois restreindre les pouvoirs que nous avons reconnus au juge de l'action *familiæ erciscundæ*. Ainsi, lorsque l'indivision existait entre le *de cuius* et un tiers non héritier, le juge devait adjuger la part du défunt dans le bien commun à un seul des cohéritiers (1). Et cela, parce que c'eût été modifier d'une façon trop désavantageuse la position de l'étranger copropriétaire, que de consacrer un trop grand morcellement de la propriété. — Les cohéritiers n'avaient au reste qu'à intenter contre ce tiers, antérieurement au partage, l'action *communi dividundo*; rien ne s'opposait plus dès lors à ce que la portion, qui leur avait été préalablement assignée, fût partagée entre eux tous au moyen de l'action *familiæ erciscundæ* (2).

Par suite de ses pouvoirs arbitraires, le juge pouvait imposer une servitude à un fonds attribué à l'un des héritiers au profit d'un immeuble qu'il adjugeait à un autre. Toutefois, cette constitution ne pouvait avoir lieu qu'au moment même de l'adjudication du bien sur lequel la servitude devait porter (3); par le fait d'une *adjudicatio* pure et simple, la propriété avait en effet passé pleine et entière à l'adjudicataire. — A bien plus forte raison il aurait outrepassé ses pouvoirs, en établissant une servitude entre un fonds

(1) L. 25, § 6, *eod. tit.*

(2) L. 52, pr., *eod. tit.*

(3) L. 22, § 3, D., l. 10, t. 2.

héréditaire et un fonds étranger à la succession. Sa sentence ne pouvait porter que sur les choses déduites *in iudicium* (1).

Enfin le juge pouvait également adjuger à l'un des héritiers la nu-propriété d'un fonds, et à l'autre l'usufruit (2). Cette substitution d'un droit temporaire et viager à un droit perpétuel et absolu nous révèle bien toute l'étendue des pouvoirs conférés au juge dans l'action *familiæ erciscundæ*. Dans cette opération, en effet, il dénaturait en quelque sorte le droit, que le cohéritier avait recueilli dans la succession; et cependant aucun texte ne nous autorise à penser que le consentement de la partie fût nécessaire pour valider cette disposition.

§ 2. — *Adjudication des choses incorporelles.*

En principe, les choses incorporelles échappaient à l'action *familiæ erciscundæ*. Nous avons vu cependant que les droits d'usufruit, d'usage et de gage, faisaient exception à cette règle, et étaient susceptibles d'être divisés par le juge. De quelle manière s'en effectuait le partage? Telle est donc la question qui se pose, et qu'il nous reste à examiner.

Le droit d'usufruit, en tant que droit personnel, nous apparaît tout d'abord comme impartageable. Nous avons vu comment les Romains furent amenés

(1) L. 18, D., l. 10, t. 3.

(2) L. 6, § 10, D., l. 10, t. 3.

à tourner la difficulté, et nous savons qu'ils avaient autorisé le juge à partager les émoluments du droit. A cet effet, divers moyens étaient employés : ainsi, le juge pouvait décider que l'usufruit serait loué à un tiers et que les cohéritiers indivis quant à ce droit partageraient entre eux le prix du bail, ou bien qu'ils exerceraient leur droit d'usufruit sur une portion déterminée de l'héritage ; ou enfin, si l'usufruit portait sur des meubles, qu'ils exerceraient leur droit à tour de rôle, en promettant la restitution des meubles à l'expiration de leur jouissance (1).

En adjugeant un usufruit, le juge pouvait en limiter la durée par un terme ou une condition extinctifs (2). Mais il ne lui était pas permis d'imposer une modalité suspensive de l'exercice ou de la naissance de ce droit : nous avons vu que la nature même de l'adjudication s'y opposait. Ulpien décide cependant que la constitution d'un usufruit *ex certo tempore* était parfaitement admise en notre hypothèse ; nous constatons son opinion, sans pouvoir donner l'explication de cette divergence.

Le droit d'usage était également un droit attaché à la personne et indivisible. il présentait les mêmes difficultés de partage que l'usufruit. Mais ici encore une raison d'utilité fit fléchir les principes : le juge

(1) L. 7, § 10, D., l. 10, t. 3.

(2) *Fr. Val.*, § 48. — L. 16, § 2, D., l. 10, t. 2.

attribuait le droit d'usage à l'un des cohéritiers, en le condamnant à fournir aux autres une somme équivalente à leurs droits (1).

Lorsque pour sûreté d'une créance le défunt avait reçu un *pignus*, le bien donné en gage pouvait être adjugé en totalité à l'un de ses héritiers sous la charge de supporter certaines condamnations au profit de ses copartageants. Le montant en était fixé d'après la distinction suivante : la chose engagée avait-elle une valeur égale ou supérieure au montant de la créance garantie, le juge condamnait l'adjudicataire à payer à ses cohéritiers une somme égale à leurs parts héréditaires dans la créance (2). Avait-elle au contraire une valeur inférieure au montant de cette créance, l'adjudicataire ne pouvait être condamné à payer à ses cohéritiers qu'une valeur représentative des droits qu'ils auraient eus dans la chose engagée si elle eut été partagée entre eux. — Cette distinction repose sur la nature même des choses. Dans le premier cas, en effet, les cohéritiers ne peuvent avoir droit à une somme supérieure à la part qu'ils ont dans la créance, c'est là le maximum de leur prétention ; et, comme le gage garantit le recouvrement de toute cette créance, on comprend que l'adjudicataire soit condamné à les désintéresser intégralement. Au contraire, dans le

(1) L. 10, § 1, D., l. 10, t. 3.

(2) L. 7, § 12, D., l. 10, t. 3.

second cas le gage n'assurant que le paiement d'une portion de la créance, il est juste que les cohéritiers ne puissent réclamer à l'adjudicataire que la part qui leur serait revenue si la chose eût été vendue.

Mais ces cohéritiers ainsi désintéressés ne devaient-ils pas fournir à l'adjudicataire une caution *de indemnitate*? Ne devaient-ils pas en d'autres termes le mettre à l'abri des conséquences de l'action *pignoratitia directa*, que le débiteur pouvait intenter contre lui pour recouvrer son gage, en lui promettant de l'indemniser du dommage qu'il aurait à subir par suite de cette demande en restitution? Cette garantie était inutile, et par conséquent refusée à l'adjudicataire. Si le débiteur offrait le remboursement intégral de la créance, l'adjudicataire était, en effet, complètement indemnisé de ses avances et de la portion à laquelle il pouvait prétendre dans la somme due à son auteur : lorsqu'il restituait le gage, il était à couvert. D'autre part, il était protégé par une exception de dol contre les réclamations du débiteur qui, n'offrant qu'un paiement partiel, prétendait néanmoins obtenir la libération complète de la chose engagée.

L'adjudicataire avait même un droit plus étendu, plus entier. Il n'était pas tenu d'attendre les poursuites du débiteur; il pouvait prendre l'initiative et agir directement contre le débiteur qui restait dans l'inaction (1), afin de le contraindre à reprendre son

(1) L. 29, D., l. 10, t. 2.

gage en remboursant le montant intégral de la somme garantie. Son action était fondée sur cette idée qu'il avait agi comme *procurator* du débiteur, qu'il avait conservé le gage en s'en rendant adjudicataire, qu'il avait fait des dépenses nécessaires en payant des soultes à ses cohéritiers. L'action *pignoratitia contraria* lui compétait dès lors, comme à tout créancier gagiste qui avait de ce chef des réclamations à exercer. Nous écartons ainsi l'opinion de certains interprètes, d'Accurse entre autres, qui voulaient que l'action attribuée ici à l'adjudicataire fût une action *negotiorum gestorum contraria* ; il était en effet, impossible d'admettre que l'héritier eût fait ou géré volontairement les affaires d'autrui. L'adjudication nous apparaît, en effet, avec le caractère d'une aliénation nécessaire, forcée : et c'est précisément sur ce caractère particulier que repose le principe de notre action.

Cela est si vrai que si la chose donnée en gage se trouvait entre les mains d'un héritier par suite d'un acte volontaire, si par exemple il avait acheté à ses cohéritiers la part qui leur appartenait dans le gage, toute action lui était retirée. Une seule ressource lui restait encore, c'était d'opposer l'exception de dol aux réclamations partielles du débiteur. — Cette idée même était poussée si loin, qu'on appliquait la même restriction à l'adjudicataire qui n'avait surenchéri que par animosité. Dès qu'il avait fait monter les enchères, dès qu'il avait offert une somme supérieure

à l'estimation du gage, pour en obtenir la possession, il était considéré comme un acquéreur volontaire, et comme tel privé de l'action *pignoratitia contraria* (1).

SECTION II.

Du pouvoir de condamner.

A côté des adjudications qui opéraient le partage des biens, à côté des condamnations auxquelles ces adjudications donnaient lieu et qui avaient pour but d'établir l'égalité des lots, la sentence du juge devait encore contenir d'autres condamnations. Celles-ci étaient relatives à certaines obligations dont les héritiers pouvaient être tenus les uns envers les autres : je veux parler des *prestations personnelles* (2).

A cet égard, le juge avait le pouvoir, le devoir même de condamner ou d'absoudre chaque partie, suivant que le demandeur établissait ou non la légitimité de la *præstatio* qu'il réclamait. Sa sentence devait frapper tous les cohéritiers défendeurs : l'omission d'un seul entraînait sa nullité vis-à-vis tous les autres, la chose jugée dans une même instance ne pouvant pas être valable pour partie et pour partie non avenue (3). Mais, peu importait que le juge eût ou non prononcé une décision sur tous les chefs

(1) Cujas, tome I, colonnes 1134 et 1135.

(2) L. 22, § 4, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 27, D., l. 10, t. 2.

de prestations invoqués par les différents héritiers : son silence sur l'un d'eux n'avait plus pour effet, bien que Cujas ait soutenu le contraire (1), d'entraîner la nullité de la sentence entière. L'opinion de Pothier (2) triomphe sur ce point. — La raison de cette différence est facile à saisir, si l'on admet avec nous la pluralité des formules. Le magistrat délivrait autant de formules qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, mais toutes portaient nomination d'un même juge, et chaque partie jouait le rôle de demandeur dans l'une d'elles. Chacune, par conséquent, concluait à la condamnation de ses cohéritiers, et d'eux tous, en se fondant sur ce que certains faits nés pendant l'indivision les avaient obligés envers lui-même. Il y avait dès lors autant de sentences que de chefs de réclamations; chacune d'elles, pour être valable, devait être prononcée entre toutes les parties en cause; mais chaque prestation, faisant l'objet d'une décision nouvelle, représentait une instance particulière et indépendante.

Ce pouvoir de condamner ou d'absoudre était conféré au juge par une dernière partie de la formule, désignée elle-même sous le nom de *condemnatio* : « Si « paret condemna, si non paret absolve. » — Il s'appliquait à des prestations personnelles de deux

(1) Cujas, *Commentaire des Pandectes*, sur la loi 27, colonnes 1131 et 1132.

(2) Pothier, *Pandectes*, n° 96.

sortes (1) : les unes provenaient des obligations résultant *quasi ex contractu* des actes de gestion d'un cohéritier sur les biens communs ; les autres étaient dûes à raison d'un fait dommageable.

§ 1^{er}.

Des prestations personnelles résultant d'un acte de gestion.

« Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui », tel est le principe d'équité souveraine, dont notre matière n'est que l'application. Toutes les fois, en effet, que l'un des cohéritiers avait réalisé des bénéfices à l'occasion de l'hérédité commune, il devait être condamné à les partager avec ses cohéritiers ; toutes les fois que pour cette cause, il avait supporté une perte, c'étaient ses cohéritiers qui étaient tenus de l'indemniser.

Toutes ces obligations ne tombaient cependant pas indistinctement dans l'action *familiæ erciscundæ* ; certaines conditions étaient nécessaires, qui peuvent se résumer dans les trois propositions suivantes.

Il fallait tout d'abord que l'acte émanât d'un héritier ayant fait adition (2). — Ceci allait de soi : puis-que l'action *familiæ erciscundæ* ne se donnait qu'entre cohéritiers, on ne pouvait y soumettre une

(1) Institutes, l. 3, t. 27, § 3 ; — l. 4, t. 17, § 4.

(2) L. 44, § 3, D., l. 10, t. 2. — L. 49, *eod. tit.*

obligation qu'autant qu'elle avait pris naissance entre personnes revêtues de cette qualité.

En second lieu, l'acte de gestion avait dû être accompli au nom de la communauté (1).

On exigeait enfin que son auteur n'ait pu réaliser l'acte que pour le tout, et non pas seulement pour sa part héréditaire (2).

I. *Des gains réalisés.* — En principe, tout héritier était tenu de rendre compte à ses cohéritiers des profits qu'il avait retirés des choses héréditaires (3). Et cela, bien que la chose elle-même eût disparu de la succession, soit parce qu'elle avait absolument cessé d'exister, soit parce qu'elle était tombée entre les mains de l'ennemi (4).

Etait considéré comme un gain, tiré de l'hérédité, tout ce qui avait été perçu ou stipulé à l'occasion d'une chose héréditaire. — En conséquence, le juge devait condamner le cohéritier bénéficiaire à indemniser ses copartageants, soit à raison des sommes qu'il avait touchées, soit à cause du trésor qu'il avait trouvé (5), ou du procès qu'il avait gagné (6), soit enfin à raison des fruits et revenus qu'il avait perçus

(1) L. 6, § 2, D., l. 10, t. 3. — L. 14, pr., *eod. tit.*

(2) L. 44, §§ 2 et 8, D., l. 10, t. 2. — L. 18, §§ 6 et 7, *eod. tit.*

(3) L. 19, D., l. 10, t. 2.

(4) L. 24, pr., D., l. 10, t. 2. — L. 22, § 5, *eod. tit.*

(5) L. 22, pr., *eod. tit.*

(6) L. 7, *eod. tit.*

en cette qualité (1). Il en était de même à l'égard du bénéfice des stipulations qu'il avait faites dans les mêmes conditions.

II. *Des pertes subies.* — A l'inverse, si l'un des héritiers avait éprouvé des pertes à l'occasion de l'hérédité, et sans qu'il y eût en cela une faute à lui imputer, il avait droit à une indemnité que ses cohéritiers étaient condamnés à lui fournir. — Si par exemple (2) un esclave héréditaire avait volé une chose appartenant en propre à l'un des héritiers, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* devait déterminer la réparation à laquelle il avait droit : à cet effet, ou bien il lui adjugeait l'esclave en paiement, ou il ordonnait le remboursement au simple de la valeur de la chose volée. L'action *furti* s'évanouissait en cette hypothèse ; car il était admis qu'on ne pouvait avoir une action noxale contre un tiers à raison du délit d'un esclave, lorsqu'on était tenu soi-même de cette même action par suite de la faute de cet esclave.

Dans cet ordre d'idées, le cas le plus important est sans contredit celui où il s'agit de dépenses faites par l'un des héritiers au sujet d'une chose commune. Sans aucun doute il n'était pas admis à répéter des dépenses inutiles ou exagérées : c'était alors un

(1) L. 56, *eod. tit.* — L. 9, C., l. 3, t. 36.

(2) L. 16, § 6, D., l. 10, t. 2.

dommage qu'il éprouvait par sa faute. Mais dès qu'elles étaient nécessaires ou utiles, il pouvait contraindre ses cohéritiers à y contribuer. — On a cependant soutenu, en s'appuyant sur les Institutes qui ne mentionnent que les dépenses nécessaires (1), que le cohéritier est dépourvu de recours pour les dépenses simplement utiles. Mais c'est attacher, ce nous semble, une trop grande importance à un texte qui n'a en lui-même rien de limitatif : le but des Institutes est de montrer par des exemples comment des obligations peuvent naître entre copropriétaires, et non pas de déterminer restrictivement quelles sont les dépenses qui autorisent le recours de l'un contre l'autre. Du reste, plusieurs textes du Digeste justifient notre opinion (2) : ils parlent de dépenses en général, sans distinguer si elles sont utiles ou nécessaires, et ce silence serait inexplicable si réellement une différence eût existé entre elles.

La dépense s'estimait, non pas au jour du partage, mais au jour où elle avait été faite. Si donc, dans l'intervalle, la chose améliorée venait à périr, l'héritier n'en conservait pas moins son recours (3). Papinien nous en donne un exemple (4) : un esclave avait été donné en gage par le *de cujus* ; l'un des

(1) Instit., l. 3, t. 27, § 3.

(2) L. 48, § 3, D., l. 10, t. 2. — L. 4, § 3 ; L. 6, § 3 ; L. 44, D., l. 10, t. 3.

(3) L. 24, pr., D., l. 10, t. 2.

(4) L. 31, D., l. 10, t. 2.

héritiers paie la dette, et retire l'esclave ; peu après celui-ci vient à décéder ; néanmoins la dépense, faite par le cohéritier pour le dégager, devra lui être remboursée.

Ces dépenses, nous le savons déjà, ne pouvaient être réclamées par l'action *familiæ erciscundæ*, que si elles avaient été faites au nom de tous, *communi nomine*. Lorsqu'un héritier avait fait des dépenses pour un bien héréditaire, mais en son nom propre, persuadé peut-être qu'il en avait la propriété exclusive, on lui refusait l'action *familiæ erciscundæ* même utile. Bien plus, il n'avait pas la ressource de l'action *negotiorum gestorum contraria*, parce qu'elle n'était donnée qu'à celui qui croyait réellement gérer l'affaire d'autrui. Ainsi dépourvu de tout moyen d'agir, l'héritier ne conservait-il donc aucune voie de recours ? En considération de ce que l'action *familiæ erciscundæ* était une action de bonne foi, il conservait le droit d'opposer à ses cohéritiers une exception de dol, et de rentrer ainsi dans ses déboursés en se retranchant derrière un droit de rétention (1).

Il résulte encore de la troisième règle, que nous avons établie, que l'action *familiæ erciscundæ* ne permettait de se faire indemniser d'une dépense qu'autant qu'elle n'avait pu être faite que pour le tout : telle était la situation de l'héritier qui avait

(1) L. 14, § 1, D., l. 10, t. 3.

payé intégralement une dette héréditaire garantie par un gage ou une hypothèque (1). Mais si le cohéritier avait géré l'affaire de tout le monde, alors qu'il pouvait s'en dispenser et se borner à gérer la sienne propre, si par exemple il avait payé pour le tout une dette chirographaire, l'action *negotiorum gestorum contraria* lui était seule ouverte (2). — Cette distinction, nettement établie dans plusieurs textes, a suscité cependant une sérieuse controverse. Tous les interprètes s'accordent sur le second point ; mais le dissentiment commence entre eux, lorsqu'on se pose la question de savoir si l'action *negotiorum gestorum* n'était pas accordée, concurremment avec l'action *familiæ erciscundæ*, à l'héritier qui par suite de la nature de l'affaire n'avait pu restreindre ses dépenses dans la limite de son propre intérêt ? Pour nous, forts du texte que nous avons cité, nous n'hésitons point à refuser ce choix à l'héritier, d'autant plus que l'action de gestion d'affaires n'était donnée qu'à celui qui avait géré librement la chose d'autrui. Le débat manque au surplus d'intérêt pratique ; les fautes légères s'appréciant *in concreto* dans l'action *familiæ erciscundæ*, et *in abstracto* dans l'action *negotiorum gestorum*, l'héritier n'eût jamais manqué d'exercer la première, qui lui était plus favorable : or, c'est précisément

(1) L. 18, § 7, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 6, § 2, D., l. 10, t. 3.

celle qui lui est reconnue dans les décisions romaines.

Cependant on insiste, et nos adversaires invoquent à l'appui de leur opinion deux lois, tirées l'une et l'autre du Code. Mais nous démontrerons qu'elles n'ont rien d'incompatible avec notre manière de voir, et qu'il est même facile de les concilier avec notre théorie.

Le premier de ces textes (1) prévoit deux espèces. Dans l'une, c'est un héritier qui a payé intégralement un créancier chirographaire de la succession; il ne peut agir que par l'action *negotiorum gestorum* : jusque-là point de difficulté. Dans l'autre, la dette était garantie par une hypothèque, et le cohéritier qui l'avait payée obtenait à la fois l'action *negotiorum gestorum* et l'action *familiæ erciscundæ*; donc, conclut-on, il avait ici le choix entre les deux actions. — Si telle était la portée exacte de cette décision, la victoire serait facile à nos adversaires; mais il n'en est point ainsi. L'acte de gestion prévu par cette loi, c'est-à-dire le paiement de la dette hypothécaire, se présente sous un double aspect : d'une part, il y a eu acquittement d'une dette de la succession, et de ce chef le cohéritier peut intenter l'action *negotiorum gestorum*; d'autre part, il y a eu extinction d'un droit indivisible, l'hypothèque, et à ce point de vue l'action *familiæ erciscundæ* était recevable.

(1) L. 3, C., l. 2, t. 19.

Dans ces circonstances il n'y avait rien d'étonnant à ce que l'héritier eût le choix entre ces deux actions. C'était l'application pure et simple de notre théorie à une hypothèse particulière, qui comportait cette double solution. Mais il serait inexact d'en conclure que dans tous les cas, où le communiste a géré une affaire qui n'était pas susceptible d'exécution partielle, il avait droit concurremment à l'une et l'autre de ces actions.

C'est encore en vain qu'on a invoqué, dans le système que nous combattons, une autre décision impériale, dont voici la disposition (1) : « Il n'est pas douteux qu'un héritier puisse, au moyen de l'action *familiæ erciscundæ* ou de l'action *negotiorum gestorum*, se faire indemniser des dépenses qu'il a faites de bonne foi à l'occasion d'une chose héréditaire indivise. » Quelle conséquence a-t-on la prétention de tirer de cette loi? le renversement de notre théorie, une contradiction avec le texte si précis et si formel du Digeste? Mais c'en est tout au contraire la confirmation; c'est l'exposé pur et simple, succinct, débarrassé des détails, de ce principe général que les deux actions existaient, mais non pas cumulativement, que l'héritier avait tantôt l'exercice de l'une, tantôt l'exercice de l'autre, suivant les circonstances qui avaient occasionné ses dépenses.

(1) L. 48, § 1, C., l. 3, t. 36.

§ 2. — *Des prestations personnelles résultant d'un fait dommageable.*

L'action *familiæ erciscundæ* permettait au juge d'imposer à un héritier la réparation du préjudice, que par sa faute ou son dol il avait causé à l'hérédité (1).

La faute, qu'elle provint d'un fait ou d'une omission, qu'elle fût, pour me servir des expressions consacrées, *in committendo* ou *in omittendo*, la faute, dis-je, entraînait la condamnation de son auteur. Ainsi, un héritier était responsable lorsque, ayant fait adition avant les autres institués, il avait laissé éteindre par le non-usage une servitude qui existait au profit d'un fonds héréditaire (2).

Quant au degré de la faute imputable, il était apprécié *in concreto* (3), c'est-à-dire que l'héritier était tenu s'il n'avait pas apporté dans l'accomplissement de l'acte les mêmes soins qu'il apportait habituellement dans ses propres affaires. En cela il était plus favorablement traité que le gérant d'affaires. Celui-ci en effet devait montrer la même diligence que le père de famille le plus diligent, qu'un administrateur irréprochable : sa faute était considérée *in abstracto*. Le jurisconsulte Paul nous donne la raison de cette différence : c'est, dit-il, que le cohé-

(1) L. 19, C., *eod. tit.*

(2) L. 25, § 18, D., l. 10, t. 2.

(3) L. 25, § 16, *eod. tit.*

ritier avait une raison excellente de s'immiscer à la gestion de l'hérédité, puisque ses propres intérêts étaient en jeu; tandis que le *negotiorum gestor* prenait en main une affaire dans laquelle il n'avait aucun intérêt.

Si un héritier s'était rendu coupable d'un délit, il était tenu à bien plus forte raison d'en fournir la réparation. Deux actions compétaient en ce cas aux parties lésées : l'une générale, c'était l'action *familiæ erciscundæ*; l'autre spéciale variait suivant les circonstances.

Supposons par exemple qu'un héritier, après avoir fait adition, ait détourné, volé un objet héréditaire. Les victimes de cet acte délictueux avaient, conformément au droit commun, deux sortes d'actions : une action purement pénale, l'action *furti*, qui emportait condamnation au double ou au quadruple, suivant que le vol était ou non manifeste (1); et une action persécutoire de la chose, l'action *familiæ erciscundæ*, qui, se substituant ici à la *condictio furtiva* ou à la *rei vindicatio*, n'entraînait qu'une condamnation au simple (2).

S'agissait-il d'un *damnum injuriâ datum*, d'un délit prévu par la loi Aquilia, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* pouvait condamner le coupable à une indemnité égale au préjudice causé (3); mais il

(1) L. 45, D., l. 47, t. 2.

(2) L. 47, D., l. 40, t. 2.

(3) L. 16, § 5, *eod. tit.*

ne pouvait point tenir compte de l'avantage particulier que la loi Aquilia eut elle-même procuré. Toutefois, quant à cet excédant, il était permis d'intenter l'action de la loi Aquilia : l'indemnité était alors calculée d'après la plus haute valeur que la chose avait eue pendant l'année, ou suivant les cas, dans les trente jours qui avaient précédé le délit.

Lorsque le dol ou le délit commis au préjudice de la succession était l'œuvre, non plus de l'héritier lui-même, mais d'un de ses esclaves, la réparation du dommage n'était plus en principe de la compétence du juge de l'action *familix eriscundæ*. Il n'en était autrement, que si l'on pouvait reprocher à cet héritier d'avoir confié l'administration ou la garde de l'hérédité à un esclave notoirement incapable, ou bien de l'avoir poussé à commettre le fait délictueux (1).

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des fautes commises pendant l'indivision, antérieurement au partage. C'étaient les plus fréquentes, les plus faciles à apprécier. Et cependant il était possible que le juge pressentit qu'une faute était probable ou tout au moins à craindre dans un avenir plus ou moins éloigné de la liquidation de la communauté. Le caractère de bonne foi de l'action *familix eriscundæ* l'autorisait alors à prendre une sage précaution : il faisait promettre par stipulation aux différents cohéritiers de s'indemniser si la faute qu'il

(1) L. 45, § 1, D., l. 10, t. 2.

redoutait venait à être commise. — Telle est l'hypothèse prévue dans l'exemple suivant : Le défunt avait promis, par suite d'une stipulation avec clause pénale, que ni lui ni ses héritiers n'empêcheraient le stipulant d'exercer une servitude de passage. Si un seul des héritiers vient à violer cet engagement, la clause pénale sera encourue pour le tout et frappera aussi bien les autres cohéritiers que le coupable. En prévision de cette éventualité, le juge veillera à ce qu'ils s'engagent les uns envers les autres à ne point violer la promesse faite par le testateur (1).

(1) L. 25, §§ 10, 11, 12 et 13, D., l. 10, t. 2.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU PARTAGE.

Aux yeux des Romains le partage n'était qu'une application du contrat innommé *do ut des*. Ainsi assimilé à l'échange (1), il constituait un acte translatif de propriété.

Cette opération, qu'elle eût été réalisée par les soins d'un juge, ou qu'elle fût simplement l'œuvre des parties ayant la capacité requise pour l'accomplir, était en principe irrévocable (2). Cependant certaines circonstances pouvaient l'avoir entachée d'un vice, d'une cause de nullité : la rescision pouvait alors en être prononcée. Mais ces cas étaient rares : ils existaient seulement lorsqu'il y avait eu dol, erreur sur la qualité d'héritier, ou peut-être lésion.

Dans tout partage, conventionnel ou judiciaire, les manœuvres constitutives du dol, au moyen desquelles l'un des copartageants obtenait une part supérieure à celle des autres, ouvraient une porte aux réclamations des parties lésées. Celles-ci se faisaient restituer par l'auteur du dol l'excédant qu'il avait reçu, soit en exerçant l'action *de dolo*, soit en demandant la *restitutio in integrum* (3).

(1) L. 77, § 18, *De legatis*-2^o, l. 31. — L. 20, § 3, D., l. 10, t. 2. — L. 14, C., l. 3, t. 36.

(2) L. 57, D., l. 10, t. 2. — L. 8, C., l. 3, t. 38.

(3) L. 8, C., l. 6, t. 20.

Lorsqu'une personne, qui n'était point héritière, avait concouru à un partage amiable, les véritables ayant-droit trouvaient dans la *condictio indebiti* un moyen de protection. L'acte, qui avait servi de cause à la tradition, étant entaché d'erreur, devait être considéré comme nul : et, par suite, il y avait lieu à répétition de l'indû. — Mais s'il s'agissait d'un partage judiciaire, il était inattaquable. Là propriété avait été transférée en vertu d'un ordre du juge, et le *tradens* avait exécuté pour échapper aux conséquences de l'action *judicati* (1).

Au temps des jurisconsultes classiques, la lésion n'était une cause de rescision, ni dans la vente, ni dans l'échange. — Dioclétien modifia cette législation quant à la vente : il décida que, toutes les fois que le prix serait inférieur à la moitié de la valeur réelle, le vendeur pourrait faire rescinder le contrat et recouvrer sa chose en restituant le prix, à moins que l'acheteur ne préférât la garder en payant lui-même le supplément du juste prix (2). Mais l'échange resta soumis aux anciennes règles, et, par suite le partage n'était pas rescindable pour lésion. Cependant on a allégué une constitution de Dioclétien, pour établir que dans le cas spécial d'un partage amiable la lésion donnerait ouverture à rescision (3). Mais si telle était

(1) L. 36, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 2, C., l. 4, t. 44.

(3) L. 3, C., l. 3, t. 38.

la doctrine de cette constitution, ses termes mêmes nous obligeraient à l'entendre de tous les contrats de bonne foi ; ce qui est absolument inadmissible. L'Empereur n'a point voulu soustraire ce cas à l'application des principes ordinaires ; il a songé simplement à une voie de recours générale, il a visé l'*in integrum restitutio*.

SECTION PREMIÈRE.

Effets du partage entre les parties.

L'adjudication transférait la propriété de toutes les choses corporelles, soit *mancipi*, soit *nec Mancipi* (1). Mais ce résultat supposait qu'elle avait lieu dans un *judicium legitimum*, c'est-à-dire dans un procès intenté à Rome ou dans le rayon d'un mille, entre citoyens romains et devant l'*unus judex* ; s'il s'agissait d'un *judicium imperio continens*, l'adjudicataire avait seulement la chose *in bonis*, et devait l'usucaper. Cette doctrine de l'époque classique, contre laquelle on ne peut rien conclure du silence d'Ulpien, ressort très-nettement d'un texte de Paul relatif à la constitution de l'usufruit (2) ; et elle nous explique seule une loi du Digeste (3), où nous voyons que l'adjudicataire, actionné en revendication, pou-

(1) Ulpien, i. 19, § 15.

(2) *Fr. Vat.*, § 47.

(3) L. 44, § 1, D., l. 10, t. 2.

vait avoir besoin d'une exception pour se défendre, ce qui implique évidemment qu'il n'était pas propriétaire *ex jure Quiritium*.

Mais sous Justinien, comme la distinction entre les *judicia imperio continentia* et les *judicia legitima* n'existait plus, la propriété quiritaire était toujours acquise (1).

Bien entendu, les choses ne se passaient ainsi, qu'autant que le partage avait porté sur des biens communs. L'adjudication d'un objet, qui se trouvait dans la succession sans être la propriété du défunt, constituait seulement au profit de l'héritier, à qui il était échu, un juste titre à l'usucapion (2). — Du caractère translatif du partage il résultait que l'adjudicataire n'était continuateur de la personne du défunt que pour sa part, et que pour les autres parts qui lui avaient été attribuées il était l'ayant-cause de ses cohéritiers ; il était donc un ayant-cause à titre universel au premier cas, et au second un ayant-cause à titre particulier ; aussi fallait-il appliquer à son usucapion les règles différentes qu'entraînait en matière d'accession de possession la différence même des titres.

L'adjudication avait encore un effet important : elle emportait garantie de l'éviction.

Il existait cependant un cas tout particulier, où de

(1) Inst., § 7, l. 4, t. 17. }

(2) L. 17, D., l. 41, t. 3.

plein droit il n'en était pas ainsi (1). C'était celui où un droit de gage, ayant été constitué par l'un des cohéritiers sur sa part indivise, le créancier gagiste figurait dans l'action *familiæ erciscundæ* et devenait adjudicataire de la chose. Ici le débiteur conservait, à la condition d'acquitter sa dette, le droit d'exiger la restitution de la part qu'il avait engagée, et alors le gagiste étant désintéressé n'exerçait aucun recours à raison de l'éviction qu'il subissait. Toutefois, si ce n'était pas lui qui avait provoqué le partage, s'il n'avait fait que défendre à l'action, il pouvait refuser de restituer simplement la part engagée et exiger que le débiteur ou ne reprît rien ou reprît la chose entière en payant le prix de la part non engagée.

L'obligation de garantie avait son point de départ dans le caractère d'aliénation réciproque que présentait le partage. Aussi entraînait-il dans l'office du juge de veiller à ce que tout adjudicataire obtint de ses copartageants une promesse *de evictione*. Cette *cautio* permettait à l'évincé d'exercer l'action *ex stipulatu* (2), par laquelle il obtenait une somme égale à la valeur de la chose estimée par le juge. Mais il ne pouvait prétendre ici au double de cette valeur, la *cautio duplæ* étant restreinte au cas de vente. Cette décision eût été au reste contraire au principe d'éga-

(1) L. 7, §§ 12 et 13, D., l. 10, t. 3.

(2) L. 25, § 21, D., l. 10, t. 2.

lité qui est la règle fondamentale du partage; de plus on ne pourrait pas s'expliquer pourquoi une condamnation au double aurait été infligée au cohéritier qui devait garantie, car l'évincé était tout aussi coupable de ne s'être pas opposé à ce que le bien qui a donné lieu à l'action en garantie fût compris dans le partage.

La garantie était dûe en cas d'éviction, indépendamment de toute stipulation : elle était donc de la nature du partage. Mais elle n'était pas de son essence : les copartageants pouvaient l'exclure par une clause expresse (1).

Cette obligation cessait même sans convention spéciale, lorsque l'adjudicataire avait connu le danger de l'éviction, et qu'aucune stipulation n'était intervenue *de evictione* (2).

Ces cas mis à part, si la promesse, si la *cautio de evictione* avait été omise, le recours s'exerçait par l'action *præscriptis verbis*. Il en était de même si l'éviction était survenue à la suite d'un partage amiable. L'indemnité était alors calculée sur la valeur de la chose au moment de l'éviction (3), et elle était supportée par tous les cohéritiers, y compris l'évincé, proportionnellement à leur part héréditaire.

Ici se présente une question délicate. A l'origine,

(1) L. 14, C., l. 3, t. 36.

(2) L. 7, C., l. 3, t. 38.

(3) L. 66, § 3, D., l. 21, t. 2.

les contrats innommés, fondés sur une dation, engendraient soit l'action *præscriptis verbis*, soit la *condictio ob rem dati*, selon que le créancier en préférerait l'exécution ou la résolution (1). Or, ce choix était-il également accordé au cohéritier évincé? A cet égard, les textes nous font défaut. Mais au point de vue du raisonnement, nous refuserions la *condictio*, comme en droit moderne, à cause du caractère particulier du partage. Le doute n'est guère possible, lorsque le partage a eu lieu en justice; et même lorsqu'il a été opéré par la convention, nous devons adopter la même décision. En effet, si on a le choix entre les deux actions en cas d'échange, c'est que l'échange est un acte volontaire. Ici, au contraire, il s'agit d'une opération nécessaire; or, ce qui se comprenait dans un acte de spéculation, ne se conçoit plus dans un acte qui ne doit avoir d'autre mobile que l'égalité.

SECTION II.

Effets du partage à l'égard des tiers.

Lorsque par exception au principe qu'elles se divisaient de plein droit, les créances et les dettes avaient été partagées par le juge de l'action *familiæ erciscundæ*, cette division ne produisait d'effet qu'à l'égard des héritiers. A l'égard des créanciers et des

(1) L. 5, §§ 1 et 2, D., l. 49, t. 5.

débiteurs, cette attribution était une *res inter alios acta*. Un créancier pouvait toujours réclamer à chaque cohéritier sa part dans la dette. Et l'héritier qui avait reçu dans son lot une créance entière ne pouvait agir en son nom que pour sa part héréditaire : il n'obtenait le remboursement des autres parts, qu'en agissant *procuratorio nomine*, comme mandataire de ses cohéritiers (1).

Ainsi, après l'adjudication, chaque héritier reste l'ayant-cause du défunt pour toute la part qui lui appartenait antérieurement sur l'objet compris dans son lot ; mais il devient, quant à la part que le juge lui a attribuée, l'ayant-cause de son copartageant.

De ce principe découlent d'autres conséquences importantes.

Supposons que pendant l'indivision l'un des deux héritiers ait consenti une hypothèque sur sa moitié d'un immeuble. Si le juge avait divisé ce fonds en deux régions déterminées, qu'il avait attribuées à chacun des copartageants, l'hypothèque continuait à grever une moitié indivise de chaque région (2).

De même, si l'un d'eux était devenu adjudicataire du fonds entier, l'hypothèque persistait entre ses mains sur cette moitié indivise (3).

Justinien nous fournit un exemple frappant des

(1) L. 3, D., l. 10, t. 2.

(2) L. 7, § 4, D., l. 20, t. 6.

(3) L. 3, § 2, D., l. 20, t. 4. — L. 6, § 8, D., l. 10, t. 3.

résultats de cette doctrine (1), à propos de l'hypothèque du légataire. Chaque héritier n'était tenu hypothécairement de l'exécution d'un legs que dans les limites de son obligation personnelle, c'est-à-dire que pour sa part héréditaire. Mais cette solution cessait d'être vraie à compter du partage. Dès ce moment, chaque cohéritier détenteur d'un bien de la succession pouvait être poursuivi hypothécairement sur ce bien jusqu'à concurrence de la totalité du legs. Il était en effet devenu propriétaire exclusif d'un objet héréditaire affecté au paiement de toute la dette.

Du même principe il résultait que, si l'un des communistes avait aliéné sa part dans la succession, ce n'était plus lui, mais son cessionnaire qui devait figurer dans le partage (2). Et, comme il n'était pas héritier, ce n'était plus à l'action *familiæ erciscundæ*, mais à l'action *communi dividundo* qu'il fallait recourir. Inconvénient bien grave : car les cohéritiers restants, pour obtenir divisément leurs portions héréditaires, étaient contraints d'exercer, indépendamment de l'action *familiæ erciscundæ* entre eux, autant d'actions *communi dividundo* contre le tiers acquéreur qu'il y avait d'objets différents dans la succession.

Enfin, les mêmes décisions s'appliquaient à la

(1) L. 1, C., l. 6, t. 43.

(2) L. 54, D., l. 10, t. 2.

constitution d'une servitude personnelle divisible, par exemple d'un droit d'usufruit (1). Ce droit porte toujours, pour la part indivise de l'héritier qui l'a consenti, sur la totalité du fonds.

Ce système du droit romain était conforme à la réalité, il était rigoureusement logique. Et cependant ce caractère d'acte translatif, qu'il attribuait au partage, entraînait de bien graves inconvénients : c'était une menace constante à la sécurité des partages, c'était une cause fréquente d'évictions, c'était par suite une occasion continuelle de recours entre cohéritiers.

Le juriconsulte Trébatius avait pressenti la théorie de l'effet déclaratif du partage ; il ne fit jamais école. Et cependant, chose curieuse, l'avenir réservait à cette doctrine la consécration des législations modernes.

(1) L. 31, D., l. 33, t. 2.

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

JOINTE AU RÉGIME DOTAL.

INTRODUCTION.

SECTION PREMIÈRE.

Préliminaires.

Le régime dotal est essentiellement protecteur de la femme : il la met à l'abri des spéculations malheureuses ou de la dissipation de son mari, tout aussi bien que de sa propre faiblesse. En entourant sa dot de garanties et de privilèges, qui en assurent la conservation, il lui ménage une ressource en cas de revers, un port dans lequel elle pourra se réfugier.

Mais, cette protection est chèrement achetée. Si la femme a la certitude de reprendre ce qu'elle apporte, si elle est sûre de ne rien perdre, d'un autre côté elle est privée de toute chance d'acquérir du chef des

biens qu'elle s'est constitués en dot. Des économies sont-elles réalisées pendant le mariage, même avec les fruits des biens dotaux de l'épouse? la propriété exclusive en appartient au mari, qui profite ainsi de tous les bénéfices de l'épargne commune. La femme a-t-elle un commerce, une industrie, une profession? Si elle a stipulé une constitution générale de tous ses biens présents et à venir, elle doit compte au ménage de son labeur; et le mari comme chef en acquiert tous les profits, il doit les recevoir, et il peut en disposer à son gré. Aussi peut-on dire que sous le régime dotal ainsi établi la femme économise et travaille pour son mari. « Pareille à une étrangère ou à une servante de la maison, il faudra qu'elle quitte tout ce qui était cher à son cœur et à ses habitudes dans les objets dont elle a joui et à l'acquisition desquels elle a coopéré; il faudra qu'elle se contente de retirer son pécule dotal, sorte de dépôt qui doit la consoler du reste (1)! »

Il y a là quelque chose d'anormal et d'injuste : cette séparation d'intérêts entre les époux est peu en harmonie avec l'union de leurs personnes. C'est précisément à ce vice que vient remédier la clause, qui doit faire l'objet de cette étude. L'adjonction au régime dotal d'une société d'acquêts présente le précieux avantage de ne point porter atteinte aux règles conservatrices de la dot, et de faire participer la

(1) Troplong, *Cont. de mar.*, préface, p. 154.

femme aux bénéfices réalisés pendant le cours de l'association conjugale. Par cette combinaison, on provoque l'économie et l'activité laborieuse de l'épouse, on l'associe plus étroitement à la prospérité du ménage.

L'article 1581 du Code civil, qui prévoit et autorise la stipulation d'une société d'acquêts, n'établit pas de règles particulières à son égard ; il se contente de renvoyer aux articles 1498 et 1499, relatifs à la communauté réduite aux acquêts. Il importe cependant de ne point les confondre. La communauté d'acquêts est une modification de la communauté légale, une communauté restreinte dont sont exclus le mobilier et les dettes des futurs époux ; elle constitue un régime unique et indépendant. La société d'acquêts est une modification du régime dotal : deux régimes distincts coexistent, ils se corrigent et se combinent, mais ils ne s'absorbent pas ; la société d'acquêts déroge à l'attribution des fruits, qui ne sont plus exclusivement réservés au mari, mais elle respecte les principes de la dotalité et se plie à ses exigences. C'est ainsi que les pouvoirs d'administration du mari, qui est le chef de la société d'acquêts comme il est le chef de la communauté d'acquêts, restent, sous l'influence du régime dotal, limités et restreints.

SECTION II.

Notions historiques.

La société d'acquêts était une institution propre aux pays de droit écrit. Elle s'était particulièrement acclimatée dans le ressort du Parlement de Bordeaux, où elle était stipulée, en quelque sorte comme une clause de style, à côté du régime dotal. Les rédacteurs du Code civil, en consacrant et réglementant cette clause, « pour rassurer une des plus florissantes cités de la France sur la jouissance d'un usage qu'elle affectionnait (1) », lui ont conservé la dénomination qu'elle avait reçue dès le principe ; or, « il a été attesté, le 20 mai 1704, que dans le ressort du Parlement de Bordeaux, les notaires n'étaient pas accoutumés à se servir du mot *communauté* dans le contrat de mariage, mais de celui de *société* d'acquêts ; lequel signifiait la même chose que celui de communauté en usage dans le ressort du Parlement de Paris (2). »

Quelle a été l'origine de cette combinaison ? Une certaine obscurité règne sur ce point. Peut-être faut-il la chercher dans le mélange des habitants du Nord qui pratiquaient la communauté, avec les peuples

(1) Locré, t. XIII, p. 396. *Rapport du tribun Duveyrier.*

(2) Tessier, *Société d'acquêts*, n° 17.

du Midi qui vivaient sous la loi romaine ; la société d'acquêts serait sortie de la fusion de la dotalité et de la communauté, pour constituer un régime de transaction.

Ou bien ces pays qui empruntaient à la législation romaine son régime dotal, ont puisé à cette même source les bases d'une clause dont ils pressentaient les nombreux avantages : à Rome, les époux avaient le droit de passer entre eux certains contrats, tels que prêt, vente, louage, société (1) ; et il est fort possible que ces textes aient inspiré la pensée de transformer les sociétés universelles de tous gains autorisées pendant la durée du mariage, en conventions expressément établies avant sa célébration.

Quoi qu'il en soit, cette association du régime dotal et de la société d'acquêts était fréquente dans plusieurs de nos anciennes provinces. Nous allons l'étudier dans la coutume de Bordeaux, où l'on peut voir son berceau ; dans la coutume de Normandie, où elle revêt un caractère tout particulier ; et dans la coutume d'Auvergne, où quoique plus rare, elle ne fut cependant point inconnue.

§ 1^{er}. — *Coutume de Bordeaux.*

C'est surtout à Bordeaux que se sont pratiquées les sociétés d'acquêts ; elles étaient consacrées par

(1) L. 5, § 5 ; L. 31, § 4 ; L. 52 ; D., l. 24, t. 1. — L. 16, § 3, D., l. 34, t. 1. — L. 7, D., l. 17, t. 2.

ses coutumes qui régissaient le territoire compris dans l'ancienne sénéchaussée de Bordeaux, et par la jurisprudence de son Parlement dont le ressort, s'étendant sur un rayon plus considérable, comprenait également les sénéchaussées de Gascogne, d'Aquitaine, des Landes, du Périgord, du Limousin... (1).

Il semble que les inconvénients du régime dotal, qui fut toujours en vigueur dans ces provinces, aient fait naître presque aussitôt cette clause de société d'acquêts destinée à lui servir de correctif. Dès le XIII^e siècle, elle devait y jouir d'une grande faveur, puisque deux chartes, l'une de Jean-sans-Terre (1205), l'autre de Philippe-le-Bel (1295), voulant accorder un privilège aux habitants de Bordeaux, enlevèrent aux femmes le droit de demander une portion des acquêts, *sicut capere consueverant*.

La *première coutume de Bordeaux*, écrite en dialecte gascon (*las coutumas*), doit remonter au XII^e siècle. Les époux sont soumis au régime dotal; mais la dot est aliénable du consentement de la femme, qui peut faire révoquer les aliénations au cas d'insolvabilité du mari.

Les conquêts restent soumis à toutes les règles dotales des Romains. Cependant cette rigueur est mitigée par un double tempérament. L'épouse peut

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n^o 18.

exercer ses reprises sur les acquêts. Et, d'autre part, les acquêts sont de plein droit réservés aux enfants à naître : si le mari prédécède, tous les acquêts reviennent aux enfants, et, à leur défaut, aux parents du mari; au cas de prédécès de la mère, l'effet est remarquable : le père garde l'usufruit de la masse, et la nu-propriété des acquêts se partage par moitié entre lui et les enfants.

Sous cette dernière disposition n'existe-t-il pas un souvenir, une trace de société d'acquêts? Si tel était le régime légal, il nous semble difficile d'admettre avec certains auteurs (1), que la société d'acquêts ait été à cette époque prohibée entre époux. Elle n'était pas statutaire, elle ne le fut jamais; mais elle devait être permise en vertu d'une convention; après avoir été connue et pratiquée, elle n'a pas pu s'effacer et disparaître, pour être ensuite subitement réorganisée lors de la réformation du XVI^e siècle.

La *seconde coutume de Bordeaux*, plus méthodique et plus épurée que la précédente, date de l'année 1320, époque à laquelle des lettres patentes de François I^{er} ordonnèrent la rédaction des coutumes du ressort.

Le régime du mariage est toujours la dotalité; les biens dotaux ne peuvent être aliénés ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement.

(1) Laferrière, t. V, p. 579.

soit pendant le mariage, soit même après la séparation de biens. Quant aux paraphernaux, l'administration et la jouissance en appartiennent, au mari d'après la coutume de Bordeaux, à la femme dans les autres provinces du ressort de son Parlement.

A côté de ce régime dotal, qui était statutaire, il était presque de style de stipuler la clause suivante : « Les époux s'associent aux acquêts, qu'ils déclarent affecter aux enfants à naître de leur union, sous la réserve de pouvoir avantager des dits acquêts un ou plusieurs des mêmes enfants. » Cette société d'acquêts devait être expressément stipulée avant le mariage, elle commençait au jour de la bénédiction nuptiale ; si l'association formée entre les époux était postérieure à cette époque, elle était valable, mais seulement comme donation à cause de mort.

La stipulation d'une société d'acquêts n'altérait en rien le caractère d'inaliénabilité de la dot. Son actif était restreint aux acquisitions, qui provenaient du travail commun des époux, *ex mutuâ collaboratione*, ou des économies réalisées sur les revenus de leurs biens propres ; il ne comprenait pas ce que les associés acquéraient à titre de succession, don ou legs (1).

Le mari était le chef de la société, et le maître des acquêts dont il avait l'administration et la libre disposition : aussi les dettes, qu'il contractait pen-

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, nos 8 bis, 9 et 21.

dant la durée du mariage, étaient-elles, sauf de rares exceptions, à la charge de la société d'acquêts.

— La femme, au contraire, n'avait sur les acquêts qu'une simple espérance, incertaine et toujours flottante jusqu'à la mort du mari : elle n'obligeait la société que lorsqu'elle avait agi avec l'autorisation de son mari, comme sa mandataire, ou comme marchande publique (1).

La dissolution de la société d'acquêts s'opérait par la mort naturelle, par la mort civile, par la séparation de corps ou de biens. La femme, ou ses héritiers, pouvait alors, en rapportant un inventaire ou même un simple état affirmé par elle, renoncer, pendant trente ans, à la société, et reprendre tous ses biens dotaux et paraphernaux quittes des dettes et charges contractées par son mari pendant le mariage ; cette renonciation était permise nonobstant toute clause contraire ; elle pouvait être effectuée même après une acceptation, sous la condition imposée à la veuve de rendre compte de son administration. Mais, la renonciation, une fois faite, était irrévocable ; et tous les acquêts étaient censés, par un effet rétroactif, avoir toujours appartenu au mari, *jure non decrescendi* (2). — Au lieu de renoncer, la femme pouvait accepter. Cette acceptation était expresse ou tacite ; elle avait pour effet

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n^{os} 118, 130 à 136 et 148.

(2) Tessier, *Soc. d'acq.*, n^{os} 168, 179 à 186.

d'attribuer à la veuve la moitié des acquêts, et de lui faire supporter la moitié des dettes sociales sauf toutefois le privilège de n'en être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument (1).

Sous l'empire de cette seconde coutume, la réserve des acquêts au profit des enfants n'était statutaire que dans le cas où il existait des enfants de divers lits. Cette affectation n'était reçue, parmi les pays du ressort du Parlement de Bordeaux, que dans la Saintonge. Dans le territoire de la coutume de Bordeaux, elle était établie (article 70), mais d'une façon imparfaite et conditionnelle : la réserve n'avait lieu que pour les biens immeubles et les héritages, et seulement lorsqu'il n'en avait pas été disposé (2).

En principe, la réserve des acquêts était contractuelle, et ne pouvait résulter que d'une stipulation précise et expresse. Elle était considérée comme une donation à cause de mort irrévocable. Les époux restaient libres pendant le mariage de disposer des acquêts à titre onéreux, mais non pas à titre gratuit. Dès l'instant du décès de l'un des conjoints, les enfants acquéraient la propriété de sa moitié d'acquêts; et aucune vente ou hypothèque ne pouvait en être consentie par l'époux survivant (3). — Nonobstant

(1) Tesseir, *Soc. d'acq.*, nos 198, 199 et 227.

(2) Tessier, *Soc. d'acq.*, nos 279, 293.

(3) Tessier, *Soc. d'acq.*, nos 302 bis, 312, 321 et 324.

l'affectation des acquêts aux enfants, chaque époux en sa seule qualité de donateur et indépendamment de toute réserve stipulée à cet égard, conservait pendant sa vie le droit individuel de choisir l'un de ses enfants pour recueillir la moitié d'acquêts de son chef. Il pouvait transmettre son droit d'avantager au conjoint survivant. Mais l'élection ne devait jamais porter atteinte à la légitime des autres enfants (1).

§ 2. — *Coutume de Normandie.*

« Jamais coutume, a dit Basnage, ne s'est plus défiée de la sagesse et de la bonne conduite de l'homme, que celle de Normandie; elle l'a presque mis en curatelle générale et perpétuelle. » L'exclusion du régime de communauté devait être la conséquence de ses habitudes de circonspection et de son esprit de prévoyance; mais le contact des idées de communauté, qui régnaient avec tant d'autorité dans les provinces voisines, ne pouvait manquer d'exercer sur elle une certaine influence, et de lui faire repousser les conséquences extrêmes du régime dotal des Romains. Aussi nous apparaît-elle comme une fusion, une conciliation de ces deux régimes; et son éclectisme, goûté par bien des esprits éclairés, lui a fait donner le nom de *sage coutume*.

La coutume de Normandie prohibait formelle-

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, nos 379 et 381.

ment la communauté entre époux (1). La femme restait cependant sous la dépendance la plus absolue de son mari, dont elle était impuissante à ébranler les actes pendant le cours du mariage. Mais, après sa dissolution, si sa dot avait été aliénée, elle avait droit à récompense (art. 539), et en cas d'insuffisance des biens de son mari, une action en restitution, appelée *brief de mariage encombré*, lui était accordée contre les tiers acquéreurs (art. 540) : c'était la sanction toute naturelle de cet adage normand « bien de femme ne doit pas se perdre ».

Là ne s'arrêtaient pas les soins jaloux de la coutume de Normandie. Après avoir protégé la femme contre la perte de sa dot, elle voulait encourager son travail, exciter son zèle, sans cependant lui permettre de s'enrichir au-delà d'une certaine mesure. A cet effet, un droit aux conquêts était attribué à la femme, comme conséquence de la société qui avait été établie par le mariage, et qui faisait présumer qu'elle avait contribué par ses soins, par son assistance et par son économie, à l'augmentation des biens du mari. La femme, ou ses héritiers, obtenait la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage, c'est-à-dire des héritages acquis dans les bourgs et qui étaient tenus sans fief du roi ou d'un seigneur; elle avait en outre le droit de réclamer, quant aux conquêts

(1) Art. 389 de la coutume, révisée en 1583, à la suite des lettres patentes, signées par Henry III, le 22 mars 1577, à Blois.

faits hors bourgage, c'est-à-dire quant aux immeubles tenus en fief, la moitié en propriété au bailliage de Gisors, la moitié en usufruit à celui de Caux, et le tiers en usufruit aux autres bailliages et vicomtés (art. 329). Aucun droit plus étendu ne pouvait être concédé à l'épouse, même par contrat de mariage, (art. 330) : la coutume était ici plus puissante que la convention (4).

A l'égard des meubles, la femme n'avait plus un droit de communauté. Elle ne pouvait en recueillir sa part qu'au seul titre d'héritière : si elle acceptait la succession de son mari, elle réclamait le tiers des meubles s'il y avait des enfants et la moitié s'il n'y en avait pas (art. 392) ; en cas de renonciation, ou de prédécès de la femme, aucune portion des meubles n'était acquise ni à elle, ni à ses héritiers.

Tel était le système matrimonial admis par la coutume de Normandie : d'une part, le régime dotal adouci, mitigé, mais inévitable ; d'autre part, une certaine participation de la femme aux conquêts immobiliers, une société d'acquêts restreinte, qui, sans avoir reçu cette dénomination, n'en était pas moins statutaire.

C'était là une tradition chère à la population normande, qui ne l'a point abandonnée. De nos jours encore l'usage est fréquent dans les départements, qui composaient l'ancienne province de Normandie,

(4) Troplong, *Cont. de mar.*, t. I, préface, p. 145 à 151.

d'ajouter au régime dotal, qui y forme habituellement la base des conventions matrimoniales, la stipulation d'une société d'acquêts réduite aux immeubles, et quelquefois étendue aux rentes (1). On a ainsi conservé, en introduisant une stipulation spéciale dans le contrat de mariage, ce que la coutume, désormais abrogée, y avait mis autrefois de plein droit, sauf cette légère modification, commandée d'ailleurs par la législation nouvelle, que cette stipulation attribue à la femme, sur tous les immeubles acquis pendant le mariage, sans distinction de lieux, cette moitié en propriété que la coutume ne lui donnait que sur les conquêts faits en bourgage (2).

§ 3. — *Coutume d'Auvergne.*

La coutume d'Auvergne avait une faveur bien marquée pour les associations. Aussi, tout en établissant le régime dotal comme base des conventions matrimoniales (art. 1 et 9, ch. XIV), elle accordait aux futurs époux la faculté de stipuler dans leur

(1) Cass., 19 décembre 1827, aff. Guilhery (Dall., 1828, 1, 64). — Rouen, 16 août 1808, aff. Anquetil; 13 juin 1822, aff. Labarre; 12 décembre 1822, aff. Alix. — Cass., 11 juillet 1838, aff. Lherbette (Dall., 1838, 1, 357; Sir., 1838, 1, 671). — Caen, 31 mai 1828, aff. Brisson; 21 janvier 1850, aff. Jourdan (Dal., 1851, 2, 127 et 128). — Rouen, 22 juillet 1850, aff. Vimard; 29 juin 1850, aff. Le Ber; 15 mars 1851, aff. Lemonnier (Dall., 1851, 2, 197 à 200). — Cass., 3 août 1852, aff. Vimard (Dall., 1852, 1, 257).

(2) Pont, *Revue critique*, 1853, p. 898 à 903.

contrat de mariage une association, soit universelle, soit particulière, qu'elle laissait susceptible de toutes sortes de clauses.

Une société, limitée aux acquisitions et aux bénéfices réalisés pendant la durée de leur union, rentrait donc tout aussi bien dans les termes que dans l'esprit de la coutume. On est d'autant mieux fondé à croire que la société d'acquêts fut pratiquée en Auvergne, que le droit écrit et le droit coutumier subsistaient mélangés et entremêlés dans cette province, où ils étaient pratiqués, tantôt séparément, tantôt cumulativement, dans les cantons les plus rapprochés : singularité, dont la France ne fournit point d'autre exemple, mais bien propre à favoriser l'existence d'un régime qui n'est que la combinaison des deux systèmes qui se disputaient ce territoire (1).

(1) Chabrol, Coutume d'Auvergne, t. I, 1^{re} dissertation, p. 9.

CHAPITRE PREMIER.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS.

Sous le titre de *Dispositions générales*, le Code civil passe en revue, dans les art. 1387 à 1399, l'ensemble des formalités, auxquelles est subordonné tout contrat de mariage. Cette étude n'entrant pas d'une façon spéciale dans le cadre de notre sujet, nous nous bornerons à examiner ici quelques questions qui s'y rattachent plus directement, et à apprécier la valeur actuelle de certaines clauses jadis fort usitées.

SECTION PREMIÈRE.

Conditions spéciales requises pour la validité d'une société d'acquêts.

Lorsque les futurs époux désirent adopter le régime dotal, ils ont besoin de manifester clairement leur intention à cet égard, en rédigeant un contrat de mariage. Une disposition particulière doit naturellement y être ajoutée, lorsqu'ils veulent modifier ce régime principal ; une clause exceptionnelle, telle qu'une société d'acquêts, ne saurait se présumer ; elle ne peut résulter que d'une stipulation expresse et précise. Mais aucun terme sacramentel n'est exigé ; no-

tre législateur n'imposant plus un vain formalisme, il suffit que la volonté des parties soit claire, non douteuse, pour être exécutée. Une stipulation virtuelle et implicite peut même être considérée comme constitutive de la société d'acquêts : c'est ainsi que la jurisprudence, d'accord avec la grande majorité des auteurs, a interprété la clause portant que « les époux seront associés pour moitié en tous les acquêts, meubles ou immeubles » ; et elle a même décidé que la société d'acquêts pouvait résulter de l'ensemble des conventions matrimoniales (1). — S'il y a quelque ambiguïté dans les termes du contrat, l'intention d'admettre une société d'acquêts sera plus facilement reconnue dans les contrées qui en ont l'habitude longue et invétérée, telles que les départements de l'ancien ressort du Parlement de Bordeaux et de l'ancienne Normandie ; l'usage est le meilleur interprète des conventions. Toutefois, il ne faut pas exagérer ce principe. Un contrat de mariage, qui se référerait purement et simplement aux statuts de la coutume de Bordeaux, violerait trop ouvertement l'art. 1390 pour être validé (2).

(1) 16 décembre 1840, req., aff. Grand (Dall., 1844, 1, 33). — 1^{er} juin 1853, req., aff. Pennetier (Sir., 1853, 1, 513; Dall., 1853, 1, 242). — Troplong, *Contr. de mar.*, n° 1855. — Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, nos 1221 à 1224. — Aubry et Rau, t. IV, p. 374, note 2. — Laurent, *Droit civil*, t. 23, n° 125.

Contrà : Merlin, *Répertoire*, v° *Réalisation*, § 1, n° 2. — Toullier, t. XIII, n° 317.

(2) De Folleville, *Etude sur les clauses de emploi et sur la Soc. d'acq.*, n° 38.

L'art. 1388 s'oppose également à ce que le mari abdique ses droits comme chef de la société d'acquêts : il ne peut, par exemple, en s'adjoignant sa femme, restreindre ses pouvoirs d'administration sur les biens communs, ni même renoncer à son droit d'en disposer librement (1).

Le point de départ de la société d'acquêts, comme celui du régime dotal, est le mariage. Mais, deux époux, mariés sous le régime dotal pur, peuvent-ils, pendant le cours de leur union, stipuler entre eux une société d'acquêts? Dans les pays de droit écrit, et particulièrement dans le ressort du Parlement de Bordeaux, il était permis aux époux, tout aussi bien qu'à des personnes étrangères, de contracter ensemble et de se faire des avantages : aussi, une société d'acquêts, stipulée après la célébration du mariage, y était valable au moins comme donation à cause de mort (2). Quelques auteurs ont pensé que sous le Code civil, cette stipulation était encore permise (3); ils argumentent de la faculté accordée aux époux (art. 1094 et 1096), aujourd'hui, comme en droit romain, de se faire des donations révocables à leur volonté. Mais les partisans de ce système ne prennent pas garde que les donations à cause de

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, n° 64.

(2) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 9.

(3) Toullier, t. XII, n° 40.

mort sont absolument prohibées (argument tiré de l'art. 893), et que l'art. 1395 défend d'apporter, pendant le mariage, un changement quelconque au contrat qui a réglé les conventions matrimoniales. Ces dispositions de la loi sont regardées comme intéressant l'ordre public; la stipulation, durant leur union, d'une société d'acquêts, que les conjoints voudraient allier au régime dotal seul adopté à l'origine, y porterait une double atteinte : aussi est-elle, à nos yeux, frappée d'une nullité radicale (1).

Du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il suit que les futurs époux ne peuvent pas assigner un terme à la société d'acquêts, dans le but de la faire commencer, soit avant, soit après le mariage. Il ne leur est pas permis de convenir que le régime dotal existera seul pendant cinq ans, pendant dix ans, et que, ce délai écoulé, il sera mitigé par une société d'acquêts ; ou, remettant en vigueur des coutumes abolies, que celle-ci commencera après une cohabitation d'un an et un jour. De tels pactes sont incompatibles avec l'art. 1399, dont l'esprit est d'empêcher la succession des régimes matrimoniaux.

De même, nous repoussons toute clause, qui ferait dépendre la société d'acquêts d'une condition purement testamentaire de la part de l'un ou de l'autre

(1) Troplong, n° 206. — Demolombe, t. IV, n° 243. — Aubry et Rau, t. V, p. 255, texte et note 14.

conjoint; en présence de l'art. 1174, sa nullité serait indiscutable.

Mais du moins ne pourrait-on pas soumettre la société d'acquêts à une condition casuelle, suspensive ou résolutoire? Par exemple, les futurs époux, adoptant le régime dotal, stipulent qu'il y aura entre eux société d'acquêts, s'ils ont des enfants, ou encore si tel procès réussit. Nos anciens auteurs n'élevaient aucun doute sur la validité de pareilles conventions (1); et nous n'hésitons pas à embrasser leur opinion, qui du reste a été suivie par un grand nombre d'interprètes du Code civil (2). L'article 1399, en effet, n'est nullement violé; car, d'après la règle sur l'effet rétroactif des conditions (art. 1179), ou la société d'acquêts n'aura jamais existé au cas de défaillance de la condition suspensive ou d'arrivée de la condition résolutoire, et les époux auront toujours été régis par les règles de la dotalité pure : ou bien cette société aura commencé au jour du mariage, si la condition suspensive se réalise ou si la condition résolutoire vient à défaillir. — On n'aperçoit contre cette doctrine qu'une objection : elle est tirée de l'incertitude même qui est de l'essence de la conditionnalité. On a dit (3) que tout doit être fixe et stable

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 278.

(2) Toullier, t. XII, n° 86. — Odier, t. II, n° 674. — Aubry et Rau, t. V, p. 269, § 504, texte et note 9. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 36, n° 16 bis, II.

(3) Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acquêts*, n° 2769. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. I, n° 332.

dans le régime matrimonial, que la famille, les tiers, les époux ne peuvent s'accommoder d'un état provisoire dépendant d'un hasard. Mais, c'est poser en thèse ce qui précisément constitue la question : si les conjoints ont stipulé cette société incertaine, on ne peut pas leur opposer qu'elle ne saurait leur convenir. Cette objection ne tendrait à rien moins qu'à proscrire les conditions des droits de créance et de propriété, car les parties et les tiers ont intérêt à la stabilité et à la certitude des droits. Malgré tout, le principe de la liberté des conventions est un principe supérieur et dominant; pour le tenir en échec, il faudrait que le législateur eût expressément interdit la stipulation d'une communauté conditionnelle; or, il ne l'a pas fait, et son intention de l'autoriser résulte du silence même qu'il garde à cet égard. La prohibition, qu'il prononce au sujet du terme, est une exception, qui ne doit point s'étendre à la condition conformément à cette maxime : « *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.* »

En toute hypothèse, qu'elle soit pure et simple ou conditionnelle, la clause de société d'acquêts, étant une importante modification du régime dotal, devra être, comme lui, mentionnée dans l'extrait prescrit par les articles 67 à 70 du Code de commerce pour la publicité du contrat de mariage, lorsque l'un des époux est un commerçant.

En ce qui concerne la capacité des parties contrac-

tantes, il faut se reporter à l'application des règles générales, formulées dans les articles 1123 à 1126. Toutefois, une question se présente ici à notre examen : que décider au cas où un incapable a fait seul un contrat de mariage, emportant adoption du régime dotal avec adjonction d'une société d'acquêts ? La solution de cette difficulté varie, suivant qu'il s'agit du mineur, de l'interdit ou de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.

I. *Du mineur.* — L'article 1398 décide que le mineur, apte à contracter mariage, est habile à consentir toutes les conventions dont le contrat est susceptible, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage lui-même. S'il n'a pas été habilité par leur consentement, le contrat de mariage est donc irrégulier.

Cependant, en présence de la question que nous avons posée, plusieurs doctrines ont pris naissance (1).

Un *premier système* distingue entre la convention principale portant adoption du régime dotal, et la clause accessoire de communauté : la première est valable, tandis que la deuxième est nulle.

Il prétend s'appuyer sur le fondement rationnel de l'incapacité du mineur. Le but du législateur est d'éviter les aliénations, les ruines irréfléchies. La

(1) De Folleville, n° 39. — Piolet, *Étude sur la communauté réduite aux acquêts et la Société d'acquêts jointe au régime dotal*, p. 165 fin à 168.

clause de société d'acquêts amène, dans une mesure restreinte sans doute, mais très appréciable, une aliénation, sinon immédiate, du moins prochaine ; donc il faut l'annuler. Au contraire, le régime dotal conserve à chacun des époux les biens qui lui appartiennent : par conséquent il convient de maintenir la stipulation qui l'institue.

Nous ne saurions adopter une doctrine qui divise ainsi le contrat de mariage. Un acte doit être accepté ou rejeté dans son entier, « *aut ex toto sumendum, aut ex toto rejiciendum.* »

Une *seconde opinion* valide le contrat pour le tout. Elle invoque les principes généraux du droit et l'intérêt du mineur.

En thèse générale, le mineur peut seul et sans aucune autorisation rendre sa condition meilleure ; la loi ne le protège qu'autant qu'il éprouve un dommage, « *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* » Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, le mineur n'éprouve aucun dommage ; il n'aliène aucune partie de son patrimoine, puisqu'il conserve en propre tous les biens qu'il possédait au jour de son mariage. Bien plus, il rend sa condition meilleure puisqu'il pourra, en vertu de la clause de société d'acquêts, prendre part aux bénéfices de l'industrie séparée de son conjoint. Annuler le contrat, ce serait tomber dans la communauté légale, et sanctionner précisément ces aliénations dont la loi déclare le mineur incapable.

Son intérêt même ne commande-t-il pas cette solution ? Il a voulu s'associer son conjoint dans une mesure restreinte, mais en conservant à ses biens toutes les garanties de la dotalité. En violant son intention formelle, ne va-t-on pas tout mettre en commun, diminuer son patrimoine, mettre ses droits en péril alors que leur sauvegarde est un grand souci de nos lois !

Le *troisième système* déclare le contrat nul pour le tout.

Quelle que soit la valeur des considérations invoquées dans la doctrine précédente, elles ne sauraient prévaloir contre un texte aussi positif que l'art. 1398 : « les conventions qu'il y a faites sont valables, *pourvu* qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes..... » Il n'est pas possible d'exprimer d'une façon plus claire, que le contrat du mineur est irrégulier, est nul, s'il a été passé sans cette adhésion. — Sans doute, il peut être regrettable que la loi impose ainsi une aliénation considérable à un incapable ; mais c'est la conséquence forcée de l'adoption de la communauté comme régime légal. On peut critiquer cette volonté de la loi, mais il faut y obéir : « *dura lex, sed lex.* »

Et cette nullité n'est pas susceptible d'être couverte par une confirmation postérieure au mariage. Cette décision n'est qu'une application de la règle, consacrée dans l'art. 1395, d'après laquelle les conventions matrimoniales doivent être fixées avant la célébra-

tion du mariage, et ne peuvent ensuite recevoir aucune modification. Il serait contradictoire, en effet, de permettre au mineur de ratifier son contrat, *constante matrimonio*, alors qu'il serait privé du droit de le faire à cette époque (1).

Mais quelle est la nature de cette nullité ? est-elle absolue, est-elle relative ? Quelles personnes, en d'autres termes, seront admises à s'en prévaloir ? Ici surgissent des divergences entre les partisans de ce troisième système. — La jurisprudence admet que la nullité est absolue, et peut être par suite invoquée par toute personne intéressée (2). La Cour de cassation allègue qu'il s'agit ici d'un contrat qui, créant une situation qui fera loi entre les époux et les tiers, intéresse l'ordre public. — Mais c'est là une de ces considérations extrêmement vagues, qui peut se donner pour tous les contrats. Et à supposer même qu'elle ne fût pas inexacte, il n'appartenait qu'à la loi d'établir cette exception : mais elle ne l'a pas fait, elle n'a pas voulu que les règles édictées pour protéger

(1) Rodière et Pont, t. I, n° 181. — Troplong, t. I, n° 288. — Aubry et Rau, t. V, p. 246, § 502. — 18 juin 1836, Pau, aff. Min-daa (Sir., 1836, 2, 546). — 29 décembre 1841, Nîmes, aff. Manen et Mourgues (Dall., 1842, 2, 219). — 9 mai 1844, Caen, aff. Loupie (Sir., 1845, 2, 76). — 23 juin 1853, Riom, aff. Chara (Sir., 1854, 2, 37). — 10 décembre 1867, Cassation, aff. de Beaucaire (Sir., 1868, 1, 121; Dall., 1867, 1, 475).

(2) 5 mars 1855, Cassation, aff. Pelet (Sir., 1855, 1, 348; Dall., 1855, 1, 101). — 13 juillet 1857, Cassation, aff. Chara (Sir., 1857, 1, 807; Dall., 1857, 1, 334).

l'incapable pûssent se retourner contre lui. Or, d'après les principes consacrés par l'art. 1125, principes qu'aucun texte ne paraît avoir abandonnés, le contrat est entaché d'une nullité relative, il est annulable mais seulement dans l'intérêt de l'incapable. Il résulte même des termes de l'art. 1309, que le mineur est simplement restituable contre son contrat de mariage, c'est-à-dire qu'il ne peut l'attaquer qu'autant qu'une lésion en résulterait à son détriment (1). Telle est la doctrine que nous croyons devoir adopter. — Les arguments, sur lesquels elle est étayée, suffisent à réfuter également un système intermédiaire présenté par quelques auteurs (2). Ceux-ci, sans aller aussi loin que la jurisprudence, sans accorder à l'époux capable une action en nullité, ne croient pas devoir la refuser aux tiers, sous le prétexte que leur condition demeurerait livrée au bon plaisir de l'un des époux.

Notre conclusion est donc la suivante : le mineur non habilité, qui a stipulé dans un contrat de mariage une société d'acquêts jointe au régime dotal, a fait un contrat entaché d'une nullité relative, que lui seul ou ses représentants seront admis à invoquer dans le cas où il y aurait eu un préjudice éprouvé. Il reste bien entendu que s'il ne veut pas s'en tenir à l'ensemble de l'acte, il ne peut pas demander la

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 29, n° 45 *bis*, V.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 245, § 502, note 30.

nullité de certaines clauses et le maintien des autres; le contrat doit être annulé pour le tout, et les effets de l'association conjugale sont alors réglés comme si les époux s'étaient mariés sans contrat, c'est-à-dire d'après les principes de la communauté légale.

II. *De l'interdit.* — En admettant, ce qui est fort controversé, que l'interdit puisse se marier dans un intervalle lucide (1), nous pensons qu'il reste soumis quant à son contrat de mariage aux règles du droit commun relatives à son incapacité. La règle « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* » n'est consacrée par l'art. 1398 qu'à l'égard des mineurs, et il faut se garder de l'étendre aux autres classes d'incapables. Si l'on croit que l'interdit puisse dans un moment de retour à la raison discerner assez sainement son intérêt quant au mariage, sa capacité, quant à ses intérêts pécuniaires, n'a du moins reçu aucune modification. Le législateur a pensé avec beaucoup de raison, que son intelligence à peine réveillée ne lui permettrait pas d'apprécier l'importance des clauses de son contrat de mariage. Aussi déciderons-nous que s'il a stipulé, en dehors de la présence de son tuteur, le régime dotal mitigé par

(1) 12 novembre 1844, Cassation, aff. Silas Lenormant (Sir., 1845, 1, 246; Dall., 1845, 1, 99). — Demolombe, t. III, nos 127 à 130; t. VIII, n° 648. — *Contrà* : Zachariæ, t. I, p. 169, § 110, note 3.

une société d'acquêts, son contrat est entaché d'une nullité relative.

III. *De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.* — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, tel que le prodigue ou le faible d'esprit, peut, sans aucun doute, contracter mariage sans l'assistance de son conseil. Mais jouit-il de la même capacité relativement à ses conventions matrimoniales? et spécialement, peut-il stipuler seul une société d'acquêts accessoirement au régime dotal?

L'affirmative est certaine pour les auteurs, qui appliquent au prodigue la règle : « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (1). »

Mais ce que nous avons déjà fait remarquer à propos des interdits, nous le répétons à l'égard des prodigues et des faibles d'esprit. L'article 1398 ne parle que d'un certain incapable, le mineur, et il existe de trop graves raisons de différence entre les diverses catégories d'incapables, pour qu'il soit possible d'étendre aux autres l'exception faite en faveur de l'un d'eux. Appliquer aux personnes, qui ont reçu un conseil judiciaire, la maxime « *habilis ad nuptias...* », c'est les priver de toute protection, puisqu'elles peuvent se marier sans autorisation; tandis que l'application spéciale de cette maxime au mineur est beaucoup plus prudente, puisque celui-

(1) Troplong, t. I, n° 297. — 24 décembre 1856, Cassation, aff. Rivarès (Dall., 1857, 4, 18; Sir., 1857, 1, 246).

ci ne consent pas seul à son contrat de mariage, comme il ne consent pas seul à son mariage (1). — D'après l'article 513 du Code civil, les prodigues et les faibles d'esprit ne peuvent aliéner sans l'assistance de leur conseil judiciaire; aucun texte n'y déroge relativement au contrat de mariage; il nous reste donc à déterminer, sur le point qui a été soulevé, les conséquences de l'incapacité résultant de cet article.

Dans la pensée de quelques auteurs, le prodigue ou le faible d'esprit reste ici pleinement incapable. Sans l'assistance de son conseil, il ne peut arrêter ses conventions matrimoniales, ni choisir le régime qui lui convient. Il est censé marié sans contrat, et soumis à la communauté légale, suivant les uns (2), et suivant les autres au régime de la séparation de biens (3).

Mais à nos yeux, ces systèmes dépassent l'intention du législateur. Il importe de concilier la disposition de l'art. 513, qui défend d'aliéner, avec les principes qui découlent de l'art. 1393. La communauté légale doit nous servir de point de départ, pour savoir si les conventions, faites dans son contrat

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 30 à 35, nos 15 bis IX à 16.

(2) Marcadé, t. 5, sur l'art. 1398, p. 419, n° 4. — Piolet, p. 36. — 21 juillet 1852, Amiens, aff. Mesnil (Dall., 1853, 2, 391). — 31 juillet 1855, Pau, aff. Rivarès (Dall., 1856, 2, 249; Sir., 1856, 2, 65). — 21 juillet 1857, Agen, aff. Rivarès, sur renvoi (Dall., 1857, 2, 168; Sir., 1859, 2, 530).

(3) Demolombe, t. 8, p. 499, n° 740.

de mariage par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, n'excèdent pas les limites de sa capacité. S'il n'a pas aliéné une quantité de biens supérieure à celle dont l'aurait dépouillé le régime légal, son contrat n'a plus lieu d'être suspecté, et doit être maintenu. Telle est bien, ce nous semble, la situation résultant de notre hypothèse. S'agit-il du mari, comme le régime dotal n'a pas d'influence sur ses biens, et que la société d'acquêts pourra seulement le priver d'une partie des fruits qu'il en aura perçus et des produits de ses travaux, nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à la convention qui admettrait ce régime. S'agit-il de la femme, alors même qu'elle se serait constitué en dot tous ses biens présents et à venir, nous validerions son contrat de mariage, car elle n'aliène pas encore autant que sous le régime de la communauté légale : et si elle consent à se dépouiller de l'usufruit de tous ses biens, la clause bienfaisante d'une société d'acquêts lui accorde de larges compensations, puisqu'elle retrouvera à la dissolution du mariage une portion des fruits tirés de son patrimoine, et qu'elle participera aux économies réalisées par son mari sur ses propres biens ou sur son industrie.

SECTION II.

Appréciation de diverses clauses.

Les futurs époux, en stipulant le régime dotal

avec société d'acquêts, tout aussi bien qu'en faisant choix d'un autre régime, sont autorisés à le modifier au moyen de toutes les clauses qu'il leur plaît d'adopter. L'entière liberté, dont ils jouissent pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, ne reçoit d'autres limites, que celles qui sont imposées par l'ordre public et les bonnes mœurs.

L'usage avait consacré certaines modifications à notre régime spécial; notre pensée est de parcourir ces différentes clauses et d'en apprécier la valeur actuelle.

§ 1^{er}. — *De la clause qui attribue à l'époux survivant la part du prédécédé dans la société.*

Lorsque les futurs époux, en adoptant le régime dotal mitigé par une société d'acquêts, conviennent que la totalité de cette société appartiendra au survivant ou à l'un d'eux s'il survit, cette stipulation ne constitue pas de sa nature une donation; elle doit être considérée comme une convention de mariage. Autrefois, ceci n'avait pas été admis sans difficulté (1); mais depuis le Code civil, en présence des articles 1520 et 1525, la question n'est plus susceptible d'un doute sérieux. A plus forte raison, en est-il de même des clauses qui attribueraient au survivant une part supérieure à la moitié de la société d'acquêts, ou l'usufruit de la part du prédécédé.

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 15. — Rodière et Pont, t. 2, nos 1224 et 1225

Cette stipulation peut conserver son caractère de convention matrimoniale, alors même que les époux l'auraient qualifiée donation. C'est en effet par son objet réel, c'est par l'intention dont elle porte la preuve avec elle, et non par la déclaration des parties, que se détermine le caractère d'une convention. Les tribunaux ont à cet égard le pouvoir d'appréciation le plus étendu (1).

L'attribution au conjoint survivant de la totalité des acquêts a pour effet de lui en transférer la propriété aussitôt après la dissolution du mariage. Elle lui procure ainsi un avantage, dont les héritiers réservataires du prédécédé ne sont pas fondés à demander la réduction pour cause d'excès (2).

Toutefois, dans le cas particulier où le défunt a laissé des enfants d'un précédent mariage, cet avantage devient à leur profit réductible à la quotité disponible déterminée par l'article 1098. Telle est la règle inscrite en termes formels dans l'article 1527. L'application en a été, il est vrai, contestée, lorsque la convention porte sur une simple société d'acquêts. On a voulu faire rentrer cette hypothèse dans les termes du dernier alinéa de l'article 1527, où on lit que « les simples *bénéfices* résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus

(1) 12 juillet 1842, Cass., aff. Peyrusson (Dall., 1842, 1, 312). — 7 décembre 1870, Cassation, aff. Enregistrement c. Seillière (Sirey, 1870, 1, 437).

(2) 29 janvier 1866, Cass., aff. Boillet (Sir., 1866, 1, 149).

respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit. » On a soutenu que, suivant cette disposition, l'attribution des bénéfices de la société d'acquêts ne peut jamais être considérée comme renfermant un avantage indirect, consenti au détriment des enfants du premier lit ; et qu'en conséquence, il est permis aux époux de les répartir entre eux, à leur gré, sans avoir à redouter une action en réduction. — Mais tel n'est pas le véritable sens de la disposition finale de l'article 1527. Elle signifie simplement qu'on ne doit pas considérer comme un avantage, fait au préjudice des enfants d'un premier mariage, le partage égal des biens d'une société d'acquêts, alors même qu'il y aurait eu inégalité dans les travaux de chacun des conjoints, et inégalité dans les économies réalisées sur leurs revenus respectifs. Elle n'a aucun trait à l'attribution au survivant de la totalité de ces bénéfices ; et celle-ci constitue dès lors un avantage indirect, prohibé par la loi lorsqu'il porte atteinte à la réserve des enfants du premier mariage. Cette décision a été consacrée par la Cour de cassation (1).

§ 2. — *De la clause qui réserve les acquêts aux enfants à naître.*

Nous avons vu que l'affectation des acquêts aux

(1) 13 avril 1858, Cass., aff. Thierry (Sir. 1859, 1, 415; Dall., 1858, 1, 406).

enfants à naître était une clause très usitée dans le ressort du Parlement de Bordeaux, où elle était presque devenue de style dans les contrats de société d'acquêts. Sous l'empire du Code civil, une vive et intéressante controverse s'est élevée sur la légalité de cette convention.

Tous les auteurs sont d'accord pour la déclarer nulle, si elle tend à modifier l'ordre légal des successions, contrairement à l'art. 1389 ; ce qui se présente, soit lorsqu'elle renferme l'exclusion des enfants issus d'un précédent ou d'un subséquent mariage soit lorsqu'elle viole la règle du partage égal entre les frères et sœurs, soit enfin lorsqu'elle est accompagnée de la stipulation de l'ancien droit d'élection.

Mais, en dehors de ces cas, la réversion des acquêts aux enfants à naître est-elle aujourd'hui permise et valable? — Deux systèmes sont en présence, soutenus l'un et l'autre par d'éminents jurisconsultes, et appuyés également par des décisions savamment motivées de la jurisprudence. Cette clause est-elle un pacte de mariage ou une donation? Là est toute la question.

Un *premier système* admet la validité de cette clause de réversion.

M. Duveyrier, en effet, rappelant l'ancien usage dans son rapport au Tribunat, a dit expressément qu'« on pourra encore stipuler la totalité des acquêts en faveur du survivant, ou des acquêts en faveur

des enfants (1). » Et M. Malleville confirme ce témoignage (2).

En réalité, dit-on, il s'agit ici d'une condition de la société d'acquêts, d'un pacte de mariage ; c'est sur ce fondement que, dans le ressort du Parlement de Bordeaux, la convention n'était pas sujette à insinuation : suivant une attestation du barreau rapportée par Salviat, « cette clause était regardée comme *un simple pacte*, et non comme *une donation* sujette à insinuation. » Par cela même on voit qu'au lieu de faire appel aux dispositions prohibitives des articles 893, 906 et 943 du Code civil, il faut se placer ici au point de vue de l'art. 1387 qui, par rapport aux conventions de mariage, laisse la plus grande latitude aux conjoints.

Enfin, aux termes de l'art. 304 du Code civil, le divorce prononcé en justice n'enlève aux enfants nés du mariage aucun des avantages résultant des conventions nuptiales de leurs père et mère. Ce qui indique bien que, quoique non conçus, les enfants peuvent avoir des droits assurés dans le contrat de leurs auteurs (3).

(1) Locré, t. XIII, p. 396.

(2) *Analyse raisonnée*, t. III, p. 295.

(3) Rodière et Pont, t. II, n° 1226. — Troplong, t. III, nos 1858 à 1860. — Zachariæ, t. IV, p. 179, note 22. — Piolet, p. 143 à 146. — 14 mai 1824, jugement du tribunal de Bordeaux, aff. Duvergier, (rapporté par Tessier, *Soc. d'acq.*, p. 556). — 26 janvier 1865, jugement du tribunal de Lesparre, aff. Richard, rapporté sous l'arrêt infirmatif de la Cour de Bordeaux (Sir., 1866, 2, 81).

Le *second système*, auquel nous nous rallions, décide que cette clause de réversibilité est nulle et proscrite par la loi nouvelle. Il nous paraît fondé sur des arguments sans réplique.

Les conventions insérées dans un contrat de mariage sont de deux sortes : les unes sont intéressées de part et d'autre, elles organisent une société, elles en règlent les apports et le partage, elles constituent un régime, on les nomme spécialement conventions matrimoniales ; les autres sont des libéralités, elles placent en face l'un de l'autre un donateur et un donataire, une personne qui se dépouille et une personne qui est gratifiée. Or, la clause d'affectation des acquêts aux enfants à naître ne constitue aucune association d'intérêts, elle n'est point une convention réciproquement intéressée ; donc ce n'est point un pacte nuptial. Au contraire, cette stipulation, qui ne doit s'exécuter qu'après la dissolution du mariage profite exclusivement aux enfants du mariage : ils reçoivent et ne donnent rien ; ils sont gratifiés par leurs parents, qui se privent de la disposition des biens, sans retirer personnellement le moindre profit de la clause ; c'est donc une donation.

Le caractère de la clause ainsi déterminé, les conséquences en ressortent d'elles-mêmes. Comme donation, elle ne peut plus se soutenir.

C'est une donation de biens à venir, c'est une donation à cause de mort, c'est une donation qui ne doit produire d'effet qu'à la mort du disposant, ou

de l'un des disposants, sous la condition de survie du donataire. De telles donations ne sont valables dans un contrat de mariage qu'au profit des époux, et, tout au plus subsidiairement, au profit des enfants à naître.

En outre, les personnes gratifiées dans cette stipulation ne sont pas conçues au moment du contrat ; or, les dispositions gratuites ne sont valables qu'au profit de personnes au moins déjà conçues au moment de la convention (art. 906, C. c.). Sans doute, cette règle reçoit exception dans les contrats de mariage, mais seulement lorsque le bénéfice d'une libéralité, d'abord adressé à un époux, retombe subsidiairement sur les enfants du mariage (art. 1082, C. c.).

Ces déductions logiques se justifient d'ailleurs parfaitement bien. Le législateur ne déroge, dans les contrats de mariage, aux principes ordinaires des donations, que dans l'intérêt du mariage lui même ; et il ne considère pas comme étant favorable au mariage une donation, dans laquelle aucun des époux ne joue le rôle de donataire, et qui ne s'exécutera en toute hypothèse qu'après la dissolution du mariage.

Quant à l'argument historique, invoqué dans la première doctrine, il n'est rien moins que concluant. Sans doute, les Travaux préparatoires ont leur valeur, quand il s'agit de fixer le sens d'un principe équivoque, mais leur autorité ne peut aller jusqu'à faire prévaloir une clause, que les règles générales

du droit réprouvent. Au reste, l'opinion de M. Malle-ville n'est que l'expression de son sentiment personnel. Et, le discours de M. Duveyrier n'ayant point déterminé le vote de la loi, on ne saurait attacher à ses paroles une beaucoup plus grande importance (1).

§ 3. — *De la clause qui associe les futurs à la société d'acquêts des auteurs de l'un d'eux.*

Dans les pays dépendant de l'ancienne Auvergne, où le régime dotal est fréquent, avec addition parfois d'une société d'acquêts, on rencontre assez souvent dans un contrat de mariage ces stipulations, que les futurs époux demeureront en la maison et compagnie des père et mère de l'un d'eux, que tous confondront les revenus de leurs biens et leur travail et qu'il y aura entre eux une société des acquêts qui seront faits pendant la cohabitation. Une clause analogue est fort usitée dans le ressort du Parlement de Bordeaux où elle porte le nom de *Société des quatre*.

Un auteur qui a vu, dit-il, des milliers de contrats de ce genre passés sous le Code civil, s'élève contre la validité de cette clause (2). A ses yeux, une sem-

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 417, — Odier, t. II, nos 715 à 724. Aubry et Rau, t. V, p. 271, § 504, note 16. — 18 août 1864, Bordeaux, aff. Delignac (Sir., 1865, 2, 15). — 23 août 1865, Bordeaux, aff. Richard (Sir. 1866, 2, 81); et sous cet arrêt, la note de M. Labbé.

(2) Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acq.*, t. IV, p. 10, n° 2773.

blable convention est frappée de nullité : soit parce qu'elle est contraire aux principes fondamentaux de la communauté, qui ne permettent pas d'associer un tiers à la société établie par contrat de mariage entre un mari et sa femme ; soit parce qu'elle déroge aux droits du mari comme chef, car en intéressant un tiers à la prospérité de la société conjugale, on l'autorise à se mêler à son administration, à exiger qu'elle soit gouvernée suivant sa volonté comme suivant celle de son associé.

Ce système nous semble méconnaître le véritable caractère de la société établie entre les quatre époux. L'effet d'une semblable convention doit être, non pas que les deux femmes aient directement une part dans cette société stipulée entre les deux ménages, mais que les acquisitions réalisées pendant la cohabitation se divisent entre la société d'acquêts des père et mère et la société d'acquêts des jeunes époux. La portion advenue à la société d'acquêts de chaque ménage suit alors le sort de cette société : si la femme accepte la société particulière existant entre elle et son mari, elle profitera de la portion attribuée à celle-ci dans la société entre les deux ménages ; si au contraire elle renonce à la société d'acquêts établie seulement entre elle et son mari, elle n'aura rien à prendre dans les acquisitions originairement faites en commun par les deux ménages.

Ainsi envisagée comme elle doit l'être, cette clause rentre parfaitement dans les termes de l'art. 854 du

Code civil : « Il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. » L'acte authentique, c'est le contrat de mariage. Par là, aucun avantage indirect n'est procuré aux jeunes époux : ils apportent leur travail, leur industrie, les revenus de tous leurs biens, et à la dissolution de la société ils ne reçoivent que la moitié des acquisitions faites sur les économies et les bénéfices respectivement réalisés, l'autre moitié restant attribuée aux père et mère et se retrouvant dans leurs successions pour être partagée conformément à la loi. — Quant aux droits des maris comme chefs de leurs sociétés conjugales, en quoi ne sont-ils pas respectés? Aucun d'eux ne renonce à ses pouvoirs d'administration et de disposition; chacun reste libre d'agir à sa volonté et de régler ses dépenses. Il est seulement convenu que les profits de chacune de ces sociétés particulières constitueront un apport respectif dans une société générale, indépendante, dont la direction est, suivant les termes du contrat, ou collective ou confiée à un seul.

§ 4. — *De la clause qui réduit la société aux acquêts, soit mobiliers, soit immobiliers.*

Les parties n'établissent pas toujours une société pour la totalité de leurs acquêts; par exemple, nous

avons vu dans les notions historiques, que dans une assez grande partie du ressort de l'ancienne Normandie, la plupart des contrats de mariage, soigneux de se rattacher à la législation traditionnelle, stipulent une société d'acquêts réduite aux immeubles, et quelquefois étendue aux rentes.

Longtemps, les interprètes du Code civil furent à peu près unanimes à décider, que ces sociétés d'acquêts restreintes à une classe de biens, soit aux meubles, soit aux immeubles, ne pouvaient plus être validées dans le nouvel état de la législation (1). — Au contraire, dans toute les questions auxquelles cette stipulation a donné naissance en pratique, les arrêts qui sont intervenus soit dans les Cours de Normandie, soit à la Cour de cassation, ont accepté cette convention sans même la discuter. Troplong ne met pas davantage sa validité en question (2), et Marcadé prend énergiquement parti contre ceux qui ont soutenu la nullité de cette clause (3).

Cette opinion de la jurisprudence, qui tend chaque jour de plus en plus à devenir l'opinion dominante dans la doctrine (4), nous semble bien être en effet la

(1) Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acq.*, t. IV, n° 2805. — Zachariæ, t. IV, p. 180, § 655, note 25. — Rodière et Pont, 1^{re} édition, t. II, n° 24. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 344, n° 162 bis VII.

(2) *Contr. de mar.*, t. III, n° 1856.

(3) Sur l'art. 1499, t. V, p. 656.

(4) Aubry et Rau, t. V, p. 461, § 522, texte et note 37. — Ro-

seule véritablement admissible. Elle ne blesse aucune des règles auxquelles les articles 1387 et suivants défendent de déroger, ni aucun des principes essentiels qui régissent les rapports personnels des époux : rien donc ne s'oppose à sa validité.

On objecte, il est vrai, qu'elle est en opposition avec l'art. 1395 et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, parce qu'il dépend du mari, en employant les économies à l'acquisition de telle ou telle nature de biens, de faire qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'actif social, parce qu'en un mot le régime est précaire. — Mais la condition potestative dont il s'agit porte, non pas sur la société, mais sur le partage. A vrai dire, rien n'est changé au contrat de mariage, quand même le mari n'achèterait aucun immeuble ; la société existe virtuellement, indépendamment de tout actif. Sans doute, elle veut arriver à acquérir des immeubles, mais avant cette acquisition, elle existe, elle se meut, elle agit, elle contracte ; et alors même que son but n'aurait jamais été réalisé, elle n'en aurait pas moins subsisté. Cette clause n'a, en droit, rien de plus précaire qu'une société d'acquêts ordinaire, puisque dans l'un et l'autre cas il dépend du mari d'acquérir ou de ne pas acquérir. Sous le régime de la société d'acquêts, tel que le Code l'organise, il se peut que le mari n'a-

dière et Pont, 2^e édition, t. II, n^o 1232. — Laurent, t. XXIII, p. 203, n^o 195. — Piolet, p. 147.

chète ni meubles, ni immeubles ; dans ce cas il n'y aura rien à partager ; et cependant qui niera que la communauté ait existé ?

Sans contredit, en présence d'une société d'acquêts réduite, soit aux meubles, soit aux immeubles, la position de la femme est désavantageuse, puisqu'il dépend du mari de faire porter ses acquisitions sur des objets qui doivent lui rester propres, plutôt que sur des objets qui tomberaient en communauté. — Mais c'est là une considération de fait, dont la femme ou ses conseils ont dû peser l'inconvénient avant de choisir ce régime. Cette clause lui est du reste moins défavorable que le régime sans communauté, sous l'empire duquel elle ne participe jamais aux acquisitions faites par le mari, même à l'aide des économies réalisées sur les revenus des biens de la femme dont il a la jouissance.

En conséquence, lorsque la société a été réduite par la convention aux acquêts immobiliers, les meubles, acquis par le mari pendant la durée de l'association conjugale, lui appartiennent exclusivement en sa qualité d'acheteur. Et s'il emploie des deniers à l'amélioration de ses propres ou à l'acquittement de ses dettes personnelles, il n'est tenu d'aucune récompense, car rien n'a été pris dans la communauté. La femme, au contraire, doit indemniser, non pas la société, mais bien le mari, pour l'intégralité des sommes employées dans son intérêt personnel.

CHAPITRE II.

COMPOSITION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS.

La société d'acquêts a, comme toute société, un actif et un passif. Mais, au moment du mariage, les biens des époux leur restant propres, la masse commune ne se compose, pour ainsi dire, que d'espérances ; c'est une société *in futurum*, une société en expectative. Toutefois, on peut, dès cette époque, fixer, sinon le *quantum*, du moins la nature des biens, dont elle pourra se composer, et des dettes qui tomberont à sa charge. Les règles, établies aux articles 1498 et 1499 relativement à la communauté réduite aux acquêts, reçoivent ici leur application (art. 1581).

SECTION PREMIÈRE.

Actif de la société d'acquêts.

Aux termes de l'article 1498, 2^e alinéa, la société d'acquêts comprend « les acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. » Ainsi, rien n'entre en communauté au jour de la célébration du mariage. Par suite de la

stipulation du régime dotal et d'une société d'acquêts, les conjoints ont doublement exclu de l'actif tous les biens, même mobiliers, qu'ils possèdent au moment de leur union. La société, qu'ils forment entre eux, est une société de biens à acquérir. Et même, les acquisitions faites durant le mariage ne font pas toutes partie du fonds social ; car la stipulation d'acquêts a pour effet d'exclure encore de l'actif tous les biens, même mobiliers, qui peuvent échoir à chaque époux personnellement à titre gratuit, c'est-à-dire par succession, par donation entre-vifs, par testament, ou même par don de fortune : c'est là une conséquence virtuelle de la disposition, qui ne fait tomber dans la société que les acquêts provenant de l'industrie commune et des économies réalisées sur les fruits et revenus des biens des conjoints.

Il résulte de cet aperçu rapide, que trois éléments concourent à la formation de la masse commune : les fruits et revenus des biens de chaque époux ; les bénéfices provenant de leur industrie ; et les acquisitions faites au moyen des deux premières sources.

Nous allons reprendre successivement chacun de ces éléments, à l'occasion desquels surgissent de nombreuses et graves difficultés.

§ 1^{er}. — *Des fruits et revenus des biens personnels des époux.*

Aussitôt que le mariage est accompli, la société

d'acquêts acquiert, en principe, sur les biens personnels des conjoints, un droit de jouissance analogue à celui de la communauté légale, et par conséquent de l'usufruitier ordinaire (art. 1528 et 1401-2° combinés). Ainsi, elle profite :

1° Des fruits des biens mobiliers et immobiliers propres au mari ;

2° De ceux de la dot, soit présente, soit à venir ;

3° des économies réalisées sur les fruits des paraphernaux, (sous la réserve toutefois d'une controverse importante, qui, s'élevant aussi au sujet de l'administration de ces mêmes biens, trouvera mieux sa place au chapitre suivant).

Sous le nom générique de fruits, nous comprenons, non-seulement les produits naturels et industriels des biens, mais encore leurs revenus civils tels que les intérêts des capitaux, les arrérages des rentes, les loyers des maisons.

La société ne saurait prétendre aux fruits et revenus échus avant le mariage ; ceux-là sont des propres, comme le reste du mobilier, et appartiennent aux conjoints. Son droit commence à la célébration du mariage, et s'étend à tous les fruits perçus pendant la durée de l'association conjugale.

Une question se présente, à un double point de vue, au sujet des fruits pendants par branches et par racines, soit à l'ouverture de la société d'acquêts, soit à sa dissolution. A qui, d'une part, ces fruits doivent-ils appartenir ? Et d'autre part, y a-t-il lieu à

récompense entre la société et l'époux propriétaire pour les frais de culture et de semences des fonds sur lesquels ils existaient à l'une ou l'autre de ces deux époques ?

En ce qui concerne les biens paraphernaux, aucune difficulté ne peut s'élever à cet égard dans la doctrine que nous admettrons. La jouissance et l'administration en restant réservées à l'épouse, c'est elle qui sera seule appelée à en toucher les revenus pendant le cours du mariage; la communauté n'exerce sur eux aucune action directe, et, si elle en retire un profit, c'est seulement lorsque la femme, ayant réalisé des économies sur les fruits qu'elle aura elle-même perçus de ces biens, les versera dans la caisse sociale.

La question est ainsi restreinte aux biens personnels du mari et aux biens dotaux.

En matière d'usufruit, les fruits naturels et industriels pendants par branches et par racines, appartiennent à l'usufruitier au moment où son droit est ouvert; et au nu-propriétaire, lorsque l'usufruit prend fin; sans que de part ni d'autre il y ait jamais lieu à récompense (art. 585 C. c.). La loi a voulu simplifier les comptes, en compensant les chances réciproques des profits et pertes.

Sous le régime de la communauté légale, la même règle est appliquée lors de son établissement : la communauté ne doit aucune récompense; et la raison en est bien simple, c'est qu'elle ne s'enrichit pas

aux dépens du patrimoine propre de l'époux, puisque les deniers employés à acquitter ces frais lui auraient appartenu en qualité d'objets mobiliers. — Le contraire est généralement admis à l'époque de la dissolution. L'époux propriétaire est alors tenu de rembourser à la communauté ses frais de culture et de semences ; car, s'il en était autrement, il s'enrichirait aux dépens de la communauté, contrairement à l'art. 1437, puisqu'il aurait le bénéfice de la récolte sans avoir rien eu à déboursier. *

Sous le régime dotal pur, le mari, recevant la dot pour supporter les charges du mariage, touche à cet effet les fruits qu'il trouve pendants au jour de l'association conjugale, mais à la charge de tenir compte à la femme, lors de la restitution de la dot, des frais de labour et de semences (arg. tiré de l'art. 548). — Un principe nouveau existe à l'époque de la dissolution : ces fruits se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, proportionnellement à la durée du mariage pendant la dernière année (article 1571).

En présence de toutes ces règles diverses, quelle solution faut-il adopter, lorsque les époux se sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts ?

Nul doute que les fruits pendants par branches et par racines lors de l'établissement de la société ne fassent partie de l'actif commun. — Mais, une récompense est-elle due à l'époux propriétaire à raison des frais de culture et de semences ?

Sur ce point, il existe bien des divergences.

Un *premier système* maintient les règles de la communauté légale, et refuse au conjoint tout droit à récompense. Il invoque ce motif, que l'époux est censé avoir voulu mettre dans la société la jouissance de ses biens, tels qu'ils se trouvaient lorsqu'elle a pris naissance (1).

Cette opinion doit tomber en présence de la contradiction, à laquelle elle aboutit. Elle se fonde, en somme, sur cette présomption que l'époux a voulu faire tomber dans la société une partie de son mobilier présent, tandis que par suite du régime adopté il en exclut précisément tout ce mobilier.

Dans un *second système*, on propose une distinction : en principe, il n'y a pas lieu à récompense ; cependant, si les frais de labour et de semences étaient encore dûs à un tiers au jour du mariage, ils seraient à la charge de la société (2).

Nous n'apercevons pas, quant à nous, la raison de cette différence. Le fait par la communauté d'avoir remboursé des frais dûs à un tiers ne peut influencer sur le règlement de ses droits. Si la présomption, qu'il faut appliquer à notre hypothèse spéciale la règle établie en matière d'usufruit ordinaire, reposait sur

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1869. — Bellot des Minières, *Rég. dotal et comm. d'acq.*, t. IV, p. 43, n° 2841. — 3 février 1873, Bordeaux, aff. Brumont (Sir., 1873, 2, 107; Dall., 1873, 2, 162).

(2) Duranton, t. XV, p. 18, n° 11.

une base solide, elle devrait protéger la société en toute circonstance, et l'affranchir de l'indemnité, comme le décide la première opinion, soit que les frais de semences et de culture aient été payés par elle, soit que le paiement en ait été effectué par le propriétaire lui-même.

Aussi préférons-nous le *troisième système*, qui admet ici sans distinction le principe de la récompense (1). *Fructus non sunt, nisi deductis impensis* (art. 548). Il est certain, en effet, que la somme employée pour les semences et la culture ne serait pas entrée dans la société, si elle n'avait pas été dépensée par l'époux propriétaire, puisque les conjoints ne versent aucun de leurs biens présents dans la société d'acquêts. Celle-ci s'enrichirait donc d'une somme qui ne devait pas lui appartenir, si elle était dispensée de rembourser cette dépense à l'époux propriétaire. Or, il est de principe certain, qu'aucune des masses de biens ne doit s'enrichir aux dépens des autres.

A l'époque de la dissolution, un point échappe à la controverse : le mari profitera certainement des fruits pendants par branches et par racines sur ses biens personnels, mais il sera tenu d'indemniser la communauté des frais de labour et d'ensemencement.

La difficulté persiste, au contraire, à l'égard des

(1) Marcadé, t. V, sur les art. 1498 et 1499, p. 652. — Rodière et Pont, t. II, p. 501, n° 1239. — Aubry et Rau, t. V, p. 452, § 522, note 21. — Laurent, t. XXIII, p. 144, n° 131.

biens dotaux. Faut-il alors s'en tenir, comme pour le mari, aux principes sur l'usufruit de la communauté légale, ou s'en référer à la règle de l'art. 1571 sur la répartition proportionnelle des fruits naturels pendant la dernière année ?

Quelques auteurs proposent de distinguer suivant le parti que la femme embrasse. — Accepte-t-elle la communauté, elle ne peut ajouter aux avantages que son acceptation lui confère, ceux dont elle aurait joui si la société d'acquêts n'avait pas été stipulée. Les règles de la communauté sont alors applicables ; la masse à partager doit comprendre tous les fruits existants perçus avant la dissolution de la société, sans que la femme puisse élever aucune réclamation si la société a perçu plus de fruits sur l'immeuble dotal qu'elle ne le devait d'après le temps de sa durée ; et, à l'inverse, le mari ne peut prétendre aucun droit aux récoltes pendantes sous le prétexte qu'il n'a pas été entièrement couvert de ses droits par ce qui a été perçu, sauf l'obligation pour la femme d'indemniser la communauté des frais de semences et de culture. — Au cas de renonciation, tout doit être réglé comme s'il n'y avait pas eu société d'acquêts ; c'est d'après les principes du régime dotal que l'on doit accorder à la femme le droit de contraindre le mari ou ses héritiers à lui restituer les fruits excédant la portion que le mari a dû gagner à raison de la durée du mariage pendant la dernière année. En effet, dit-on, il en est de la femme mariée en commu-

nauté comme de l'habile à succéder. De même que celui-ci, quand il renonce à la succession, est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785, C. c.), de même, la femme, qui renonce à la société d'acquêts, est censée n'avoir jamais été commune. En outre, la stipulation d'une société d'acquêts a généralement pour but d'améliorer la condition de la femme, il ne faut donc pas l'empirer (1).

A notre avis, quel que soit le parti que prenne la femme, les principes de la communauté sont seuls applicables (2). La jouissance des biens dotaux appartient à une communauté, elle doit être régie par les règles de la communauté; l'art. 1581, en renvoyant aux art. 1498 et 1499, impose cette solution. Il faut, du reste, qu'il en soit ainsi, si l'on veut éviter des iniquités; car la société d'acquêts a aussi la jouissance des biens du mari, auxquels ne peut s'appliquer l'article 1571; or, on ne peut avoir deux règles, l'une pour la femme, l'autre pour le mari. Si ce dernier court la mauvaise chance de voir une récolte entière de ses biens tomber dans la communauté, parce qu'elle aura été faite la veille de la dissolution de cette société, il faut qu'il ait la bonne chance de profiter d'un

(1) Rodière et Pont, t. III, n° 2038.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 560, n° 252 *bis* II. — Aubry et Rau, t. V, p. 646, § 541 *bis*. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1867. — 3 mars 1853, Rouen, aff. Vadie (Sir., 1854, 2, 31; Dall., 1855, 2, 344). — 23 mai 1877, Pau, aff. de l'administration des domaines (Sir., 1877, 2, 233).

événement semblable à propos du bien dotal de sa femme, sinon l'équilibre des chances, qui est le fondement des règles de la communauté sur ce point, se trouve détruit. En conséquence, nous déciderons que les fruits pendants appartiennent à la femme, qui doit seulement indemniser la société pour les frais de labour et d'ensemencement qu'elle a faits en vue de la production des fruits dont elle ne profite pas.

Résumant notre doctrine sur cette question complexe, nous concluons en ces termes : lorsque des fruits se trouvent pendants par branches ou par racines sur un fonds appartenant au mari, ou sur un immeuble dotal, celui qui les recueille devient toujours débiteur d'une récompense à raison des frais de culture et de semences. L'indemnité est due par la société d'acquêts, si l'on se place au commencement du mariage ; et par l'époux propriétaire, à sa dissolution. — Si à ces deux époques, un fonds s'est trouvé dans cette situation d'avoir des fruits pendants par branches et par racines, il a pu être légitimement décidé, par application de notre théorie, que toute obligation à récompense s'évanouissait, parce qu'il s'opérait une compensation entre l'indemnité due à la société par l'époux, et l'indemnité due à l'époux par la société, pour l'ensemencement dont ils avaient tour à tour supporté la dépense (1).

(1) 31 août 1863, Limoges, aff. Monteil (Sir., 1864, 2, 204).

Les règles sur l'usufruit de la communauté légale s'appliquent à la société d'acquêts en ce qui concerne les coupes de bois, les mines et les carrières (art. 590, 591, 592, 598, et 1403, C. c. ; — et la loi du 21 avril 1810 sur les mines).

Il découle de la discussion précédente, tout aussi bien que de principes certains, que les fruits naturels et industriels s'acquièrent par le fait de la perception.

Les fruits civils sont soumis à une autre règle : ils s'acquièrent jour par jour (art. 586 et 1571). Ce n'est ni l'époque du paiement, ni l'époque de l'exigibilité, qui décide de leur attribution ; c'est une répartition qui réfère chaque fraction d'un revenu annuel à une fraction correspondante de la durée du droit de jouissance. En vertu de cette loi de répartition proportionnelle au temps, il est impossible qu'un jour de jouissance produise le double d'un autre, et encore moins qu'un jour de jouissance soit improductif parce qu'un autre jour aurait été productif d'un double revenu. Il est nécessaire que les loyers payés d'avance viennent reprendre la place qu'indique leur imputation, et se distribuent entre les derniers mois du bail.

En conséquence, si la société d'acquêts, en vertu d'une clause du bail stipulant que les fermages se paieront par anticipation, a reçu le paiement intégral de ces fermages pour l'année, pendant le

cours de laquelle elle vient à se dissoudre, son émolument n'en absorbe pas la totalité; il s'opère une ventilation, et l'époux propriétaire en prend une part proportionnée au nombre de jours qui restent à courir. A l'inverse, si au moment de sa dissolution la société n'avait touché aucune annuité pour l'année en cours, l'époux devrait l'indemniser d'après les mêmes bases.

Ce mode de calcul doit s'appliquer également à l'époque où la société d'acquêts prend naissance. Cette société a-t-elle eu, à son entrée en jouissance, l'occasion de toucher un loyer ou un revenu annuel représentant l'année entière pendant le cours de laquelle son droit a commencé, elle doit à l'époux propriétaire récompense pour une fraction de ce qu'elle perçoit. Cet époux a-t-il, au contraire, touché par anticipation l'annuité entière, lorsque s'établit la communauté, il ne doit en retenir que la portion corrélatrice aux jours écoulés : le surplus tombe dans la société d'acquêts.

Ces solutions sont logiques et en tous points équitables. La société a l'usufruit des biens dotaux et des biens personnels du mari; elle doit en obtenir un revenu simple et constant, afin de subvenir aux dépenses du ménage et aux besoins de la famille.

Cependant la Cour de cassation a jugé que la société d'acquêts, ne se composant que des fruits échus ou perçus pendant le mariage, se trouve sans droit

sur les loyers touchés antérieurement par l'époux propriétaire, par anticipation et sans fraude (1). — Elle invoque, à l'appui de sa manière de voir, la rédaction de l'art. 1401-2°, qui comprend dans l'actif commun « les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, *échus* ou *perçus* pendant le mariage ». Or, ces loyers, stipulés payables d'avance, sont devenus exigibles avant le mariage ; ils ont donc été légalement encaissés. L'époux propriétaire n'en prive pas la société, car ses titres, son bail lui ont fait connaître la perception déjà faite ; et dès lors il ne peut lui devoir récompense de ce chef.

Cette interprétation nous semble pécher à un double point de vue. — D'abord, elle argumente du mot *perçus* et de la date de la perception, ce qui est inexplicable à propos de loyers ou fermages, qui sont des fruits civils : des deux mots *échus* et *perçus* le premier s'est toujours rapporté aux fruits civils, le second aux fruits naturels. — En outre, elle détourne le terme *échus* de son véritable sens. En le prenant pour synonyme du mot *exigible*, elle contredit la disposition de l'art. 586. Il est plus que probable que le mot *échus* est employé par l'art. 1401 dans le sens de *acquis* ; c'est celui que lui donnent plusieurs articles du Code civil, où l'expression *tel*

(1) 27 mai 1879, Cass., aff. Perny (Sir., 1880, 1, 393) ; et la note de M. Labbé.

bien échoit signifie *tel bien est acquis* (art. 1402 et 1404); Pothier traduisait ainsi la règle, reproduite dans l'art. 586, *les fruits civils échéent jour par jour* (1); et il nous apprend que la coutume d'Orléans, pour régler la composition de la communauté, se servait du terme *échu*, fruits civils *échus*, comme notre art. 1401, et que l'usage avait interprété cette expression dans le sens de l'acquisition proportionnelle au temps, sans égard à l'époque de l'échéance, c'est-à-dire de l'exigibilité (2).

Notre système est donc autorisé par la tradition, il met les textes d'accord avec les principes, il traite l'usufruit de la communauté et de la société d'acquêts comme tout autre usufruit, enfin il est satisfaisant par ses résultats. Mais il est diamétralement contraire à l'arrêt de la Cour suprême.

Aussi, M. Labbé, tout en lui marquant sa préférence, a cherché un moyen de tout concilier. Voici l'ingénieux système que propose, comme transaction, l'éminent professeur : « Le principe que les fruits civils s'acquièrent jour par jour s'appliquerait à l'extinction de tout usufruit pour le règlement des rapports entre l'ayant-cause de l'usufruitier et le nu-propriétaire rentré en jouissance.

« Il s'appliquerait encore au commencement d'un usufruit légal ou d'un usufruit constitué par testa-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 220.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 222.

ment. Ni le législateur, ni le testateur, n'a pu prévoir dans quelles circonstances particulières, dans quel état de perception des revenus l'usufruit prendrait naissance. La règle de la répartition proportionnelle au temps des fruits civils donne une équitable satisfaction aux intéressés.

« Mais ce principe ne s'appliquerait pas au début d'un usufruit constitué par acte entre-vifs et à titre gratuit, soit à l'usufruit de la communauté sur les propres des époux, soit à l'usufruit du mari sur les biens dotaux, (ajoutons : soit à l'usufruit de la communauté ou de la société d'acquêts), soit à tout autre usufruit constitué par une donation entre-vifs. Dans ce cas, sauf déclaration de volonté contraire, l'usufruitier gagnerait tous les fruits civils échus, c'est-à-dire devenus exigibles, comme tous les fruits naturels perçus depuis la naissance de son droit. Il ne saurait prétendre aux fruits ou revenus échus et perçus sans fraude même par anticipation avant la constitution de son usufruit. Aucune restitution, aucun compte n'aurait lieu entre le constituant et l'usufruitier. Les parties ont connu l'état des choses au moment de la naissance du droit; elles l'ont accepté, si elles n'ont pas exprimé le contraire. »

Comme conclusion, nous ne saurions mieux faire que de reproduire l'appréciation même du savant auteur. « Ce système, qui distingue selon le mode d'établissement de l'usufruit, n'est pas simple; il ne ressort pas clairement des dispositions de la loi.

Disons mieux : il contrarie le texte de la loi ; car l'art. 1401 fait entrer dans la communauté les fruits civils ou naturels *échus* ou *perçus pendant le mariage*. Cette expression, embrassant toute la durée du mariage, règle la fin comme le commencement de la jouissance de la communauté. Les mots *échus* ou *perçus* ont un sens qui, une fois fixé, devrait être observé également au début et à la dissolution de l'association conjugale. »

— La jouissance de la société d'acquêts, avons-nous dit, se règle en général par les principes de l'usufruit. En conséquence, les arrérages d'une rente viagère, constituée en dot ou restée propre au mari, tombent dans la communauté, sans être sujets à restitution ou à reprise (art. 588).

Il en est de même de la somme reçue en remboursement de la rente, et, par suite, de l'immeuble acquis par les époux avec cette valeur, lorsque c'est le prédécès du titulaire de la rente viagère, qui a opéré la dissolution du mariage. Dans ce cas, en effet, le capital reçu ou l'immeuble acquis de ces deniers ne fait que représenter les arrérages, qui seraient tombés dans la société pendant toute sa durée s'il n'y avait pas eu de rachat ; les héritiers du prédécédé n'ont rien à réclamer, car la rente viagère, à supposer qu'elle n'eût pas été remboursée, ne s'en trouverait pas moins éteinte (1). — Mais si l'époux, auquel

(1) 10 avril 1855, Cass., aff. Journault (Dall., 1855, 1, 177).

était dûe la rente viagère, survit à la dissolution du mariage, il a droit au prélèvement du capital racheté. La rente, en effet, continuerait de lui être servie, si elle n'avait pas été remboursée; ce remboursement lui cause un dommage dans ses intérêts propres; c'est la société d'acquêts, qui a profité du remboursement, il est donc naturel qu'elle lui en doive récompense.

§ 2. — *Des bénéfices résultant de l'industrie ou du travail des époux.*

La société d'acquêts comprend dans son actif tous les bénéfices résultant de l'industrie ou du travail des époux; c'est le second élément dont elle se compose. A ce sujet, les expressions employées par l'article 1498 peuvent donner lieu à une équivoque, qu'il est bon de prévenir. « Le partage, porte le texte, se borne aux acquêts... provenant de l'industrie *commune*... » En prenant cette disposition à la lettre, on serait conduit à décider que l'actif de la société d'acquêts comprend les bénéfices provenant du concours matériel des deux époux, de leur industrie ou de leur travail collectif, et ceux-là seulement, mais non pas ceux qui résulteraient de travaux faits séparément par chacun d'eux, et dans des spécialités distinctes. Il n'en est rien; et la doctrine admet généralement que la terminologie de l'article 1498 est inexacte; que le législateur a voulu désigner l'industrie *de l'un ou de*

l'autre des époux, aussi bien que leur industrie simultanée (1). Cette idée ressort du texte lui-même, où il est question des acquêts faits ensemble ou séparément.

Ainsi, quel que soit le talent des époux, quelque variée que soit leur industrie, qu'elle soit licite ou illicite comme le braconage, l'usure ou la contrebande, que ce soit le mari ou la femme qui l'exerce, il n'importe ! Tous les profits réalisés de ce chef sont mis en commun, à la seule condition que leur acquisition soit contemporaine du mariage. Tout bénéfice réalisé par l'un ou par l'autre époux au moment du mariage demeure propre à cet époux, sans que la société y ait rien à prétendre.

Ce principe posé, nous ferons tomber dans la société d'acquêts :

1° Les salaires, les traitements, les honoraires gagnés par l'un ou l'autre conjoint pendant sa durée.

2° Les récompenses ou gratifications extraordinaires accordées à l'un des époux comme prix de services rendus. — Elles constituent moins un don, une libéralité faite en considération de la personne, qu'une juste rémunération de ses services ; elles sont, en réalité, le produit, la rétribution de son travail. Tel est, par exemple, le caractère des gratifications allouées par l'État à ses fonctionnaires,

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 1240. — Aubry et Rau, t. V, p. 448, § 522, texte n° 2 et note 3. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 337, n° 161 bis III.

par des compagnies ou par des particuliers à leurs employés ; des récompenses nationales accordées à un général pour sa belle conduite dans les batailles, ou à un citoyen blessé en combattant pour la cause publique.

Néanmoins, il faut admettre une restriction : si ces rémunérations sont essentiellement personnelles, si elles ont un caractère de dette alimentaire qui les rend incessibles et insaisissables, elles ne sauraient appartenir à la société d'acquêts, sauf le droit pour celle-ci d'en percevoir les arrérages échus pendant sa durée. Rentrent dans cette catégorie les pensions militaires, les soldes de retraite, les traitements de réforme, les pensions de la légion d'honneur, les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse (1).

3° La propriété des compositions littéraires, scientifiques ou artistiques, et des inventions industrielles, faites par l'un des époux pendant le cours du mariage, appartient à la société d'acquêts. — Le travail de l'intelligence est aussi une industrie, et la société d'acquêts profite de toutes sans exception. Elle acquiert donc soit l'œuvre composée, soit le prix de la cession qui en aurait été consentie par l'auteur.

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 1254. — Aubry et Rau, t. V, p. 448, § 522. — 5 février 1830, Cass., aff. Cibois (Sir., 1830, 1, 136). — 20 décembre 1832, Colmar, aff. Siès (Dall., 1833, 2, 91 ; Sir., 1833, 2, 185).

Mais si la création est antérieure au mariage, elle constitue pour l'auteur une propriété exclusive. La société n'a sur elle aucun droit ; seulement les bénéfices des éditions faites pendant sa durée, n'étant pas autre chose qu'un revenu de cette propriété particulière, lui appartiennent, sous l'obligation d'en acquitter les frais (1).

4° Les gains commerciaux viennent encore grossir l'actif commun.

Le fonds de commerce, qui comprend, non-seulement les marchandises et le mobilier le garnissant, mais encore la clientèle, ne tombe-t-il jamais dans la société d'acquêts ? Et quel est le droit de celle-ci sur la plus-value, dont il a été augmenté pendant le mariage ?

Si l'un des époux était commerçant au moment de l'établissement de l'association conjugale, son fonds de commerce lui reste propre, à titre de meuble présent ; et si sa valeur augmente pendant le cours de son union, cette plus-value, selon nous, lui profite exclusivement en qualité d'accessoire.

Si ce fonds de commerce a été acquis pendant la durée du mariage, il faut distinguer : — A-t-il été acquis à titre gratuit, par succession, donation ou legs, ou bien encore à titre onéreux par suite de l'échange ou du remploi d'un bien propre, il demeure

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 1242. — Aubry et Rau, t. V, p. 448, § 522. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 338, n° 161 bis, IV.

la propriété de l'époux héritier, donataire ou échangeur, qui bénéficiera encore seul de son augmentation ; — A-t-il été acquis à tout autre titre onéreux, ou bien a-t-il été fondé, créé par l'intelligence et l'activité de l'un des époux, il fait partie de l'actif social, au premier cas comme acquêt, et comme produit d'industrie au deuxième. La plus-value, qu'il acquiert, est naturellement pour la société d'acquêts.

5° Les émoluments d'un office ministériel, obtenus pendant le cours du mariage, tombent toujours dans la société d'acquêts, comme fruits de cet office.

Mais peut-il arriver que la société d'acquêts devienne propriétaire de l'office lui-même ? Et peut-elle bénéficier de la plus-value, qui en a augmenté la valeur ?

La vénalité des offices, telle qu'elle existait dans notre ancienne jurisprudence, a été abolie par de nombreuses lois de l'Assemblée constituante. Ce principe est aujourd'hui encore en vigueur ; mais la loi du 28 avril 1816, régularisant du reste ce qui se pratiquait depuis l'abolition des offices, attribua à certains officiers ministériels le droit de présenter leur successeur, en compensation d'un supplément de cautionnement qu'elle leur imposait. Ces officiers ministériels sont les avocats à la Cour de cassation, les notaires, les avoués, les greffiers, les huissiers, les agents de change, les courtiers et les commissaires-priseurs.

Aujourd'hui, il faut donc distinguer le *titre même*

de l'office, qui, par sa nature et en vertu des lois existantes, est en dehors du commerce et ne peut appartenir qu'au mari; et la *valeur vénale* de l'office, c'est-à-dire le prix stipulé par le titulaire comme condition de l'exercice qu'il s'engage à faire de son droit de présentation en faveur de celui qui veut lui succéder, et de la cession de sa clientèle, de sa pratique comme on disait autrefois. Contrairement à notre ancienne jurisprudence, ce droit est incontestablement un droit mobilier sous l'empire des lois qui nous régissent, et il est soumis à toutes les règles relatives aux meubles.

Cette valeur vénale de l'office tombe-t-elle dans la société d'acquêts? Ainsi posée, la question ne comporte pas de réponse générale. Diverses distinctions sont nécessaires : il faut rechercher si le mari était titulaire de l'office au moment de la célébration du mariage, ou s'il n'en est devenu titulaire que pendant le mariage.

PREMIER CAS. — *Le mari était titulaire de l'office au moment de la célébration du mariage.* — Aucune hésitation ne peut alors exister : la valeur vénale de cet office ne tombe pas dans l'actif social et reste propre au mari. Ce bien, en effet, lui appartenait déjà au moment de la célébration du mariage, et la stipulation d'une société d'acquêts a pour effet de réaliser et d'exclure de la communauté tous les biens présents des époux, meubles ou immeubles.

Cette valeur vénale resterait propre au mari, alors

même qu'elle ne serait pas constatée dans un inventaire; car l'origine de la propriété est suffisamment établie par le décret de nomination et les autres pièces qui l'accompagnent.

Mais si le mari portait, dans son contrat de mariage, l'indication de la valeur vénale de l'office, cette estimation aurait-elle pour résultat d'en transférer la propriété à la société d'acquêts, qui serait dès lors appelée à bénéficier seule de la somme stipulée pour l'exercice du droit de présentation et la cession de la clientèle ? Contrairement à un arrêt de la Cour de Paris (1), nous admettons l'affirmative. Aux termes de l'article 1851, « en fait de meubles, estimation vaut vente », si le contraire n'a pas été exprimé; cet article, applicable aux sociétés, a été étendu au régime dotal (art. 1551), où cependant la dot même mobilière est moins facilement aliénable que sous tout autre régime; la même solution devrait donc être admise en matière de communauté légale; et elle doit être maintenue à plus forte raison lorsque la communauté se combine avec le régime dotal. Bien plus, cette doctrine est vraisemblablement conforme à la volonté de l'époux titulaire: pour se réserver propre la valeur de l'office, il n'a pas besoin de la déclarer dans l'inventaire, puisqu'il peut par d'autres moyens en prouver toujours facilement l'origine; si donc il mentionne au contrat la valeur vénale de

(1) 8 avril 1869, Paris, aff. Lachapelle (Dall., 1869, 2, 237; Sir., 1869, 2, 205).

l'office, c'est qu'il préfère sans doute la reprendre à la dissolution de la société d'acquêts, qui devient seulement débitrice du prix estimatif.

Si cette estimation n'a pas eu lieu, la société qui n'acquiert point la valeur vénale de l'office, mais seulement les produits, aura-t-elle du moins droit à la plus-value, que l'office, resté propre au mari, a pu obtenir pendant la durée de l'association conjugale? La négative est incontestable, quand la plus-value est purement fortuite, quand elle provient, par exemple, de l'augmentation générale de la valeur des offices : « *res crescit, vel perit domino* (1). » Elle est au contraire très sérieusement contestée, quand la plus-value est due à l'activité, à l'intelligence, au talent de l'époux titulaire de l'office. Certains arrêts la considérèrent alors comme le produit du travail, et décident que la société d'acquêts doit en profiter, comme elle profite de tous les produits de l'industrie des époux (2). Nous croyons cependant qu'il faut reconnaître même dans ce cas, que cette plus-value appartiendra d'une manière exclusive à l'époux titulaire. Et, en effet, cette plus-value, étant inhérente à l'office lui-même, formant avec lui un tout indivisible, ne peut être regardée comme un acquêt dans le sens

(1) 19 février 1856, Bordeaux, aff. Fargeot (Dall., 1856, 2, 177; Sir., 1856, 2, 271).

(2) 29 août 1840, Bordeaux, aff. Babouard (Sir., 1841, 2, 142).
— 8 avril 1869, Paris, aff. Lachapelle (Sir., 1869, 2, 205; Dall., 1869, 2, 236).

de l'article 1498. Il y a, du reste, identité entre notre hypothèse et le cas où un immeuble propre à l'un des époux et exploité par la société acquiert, pendant la durée du mariage, une plus-value importante grâce à une culture habile; on pourrait ici prétendre également que cette plus-value est le produit du travail des époux, qu'elle est un acquêt, et qu'elle fait en conséquence partie de l'actif social; personne cependant n'ose soutenir cette thèse, et il n'existe pas de motif pour appliquer une règle différente aux offices.

De ce que le mari, titulaire au moment de la célébration du mariage, conserve la propriété de l'office, il résulte plusieurs autres conséquences importantes : — Si le prix d'un semblable office a été payé, *constante matrimonio*, à l'aide des deniers communs, le mari, resté propriétaire, devra récompense à la société. — Si cet office, supprimé *durante matrimonio*, est rétabli pendant la durée de l'union conjugale, il reste propre au mari, sauf récompense à la société d'acquêts pour les deniers tirés de sa caisse à raison du rétablissement de l'office. — Enfin, si un tel office a été aliéné pendant le mariage, le mari a droit, lors du partage de la société, au prélèvement du prix de cession versé dans la communauté.

DEUXIÈME CAS. — *Le mari n'est devenu titulaire de l'office que pendant la durée du mariage.* — Il faut distinguer suivant que l'acquisition a eu lieu à titre gratuit ou à titre onéreux.

A. — Lorsque la transmission à titre gratuit est l'œuvre d'un particulier, c'est-à-dire lorsqu'elle provient d'une donation, d'un legs ou d'une succession, l'office reste certainement propre à l'époux donataire, héritier ou légataire; et toutes les conséquences admises dans l'hypothèse précédente sont également applicables.

Mais, que décider dans le cas où la collation gratuite émane du gouvernement?

Un *premier système* se refuse à voir dans cette concession un produit assimilable aux produits de l'industrie. C'est, dit-on, un acte de pure libéralité de la part du chef de l'État, un véritable don de fortune; par suite, l'office doit être exclu de la société d'acquêts, et rester propre à l'époux ainsi gratifié (1).

Le *second système* nous semble préférable. C'est à ses mérites, à son aptitude, aux services qu'il a rendus, que l'époux doit sa nomination; elle est donc un produit de son travail. Par conséquent, la valeur vénale de l'office fait partie de la société d'acquêts (2).

B. — Si l'office a été acquis à titre onéreux par le mari pendant la durée du mariage, une sous-distinction est nécessaire.

(1) 25 décembre 1835, Metz, aff. Gillet (Sir., 1836, 2, 255). — 2 juillet 1840, Bordeaux, aff. Bourinet (Sir., 1840, 2, 398).

(2) 15 novembre 1833, Douai, aff. Ducorroy (Sir., 1834, 2, 189; Dall., 1834, 2, 128). — 2 décembre 1836, Agen, aff. Baudet (Sir., 1837, 2, 309; Dall., 1837, 2, 144). — 4 janvier 1853, Cass., aff. Duparc (Sir., 1853, 1, 468; Dall., 1853, 1, 73).

Est-ce la société d'acquêts qui en a fourni le prix ? L'office est un véritable acquêt, et sa valeur vénale fait partie de l'actif social. Par suite, le prix stipulé au cas de cession, l'indemnité allouée au cas de suppression, l'augmentation de valeur, appartiennent à la société et devront être partagés comme toutes les valeurs communes. — Cependant il ne faudrait pas en conclure qu'à la dissolution du mariage l'office doive être vendu, pour le prix en être partagé entre les parties intéressées; les héritiers de la femme prédécédée ne peuvent pas contraindre le mari à se démettre de l'office dont il est titulaire; ils peuvent seulement exiger qu'il leur soit tenu compte de la valeur vénale de cet office à l'époque de la dissolution (1).

Au contraire, l'office a-t-il été acquis avec des valeurs propres au mari, par exemple en remploi ou en échange d'un de ses propres ? Alors la société d'acquêts n'a plus aucun droit à sa valeur vénale. Il y a eu une subrogation, par suite de laquelle le mari reste seul propriétaire de l'office, en vertu de la règle « *subrogatum capit naturam subrogati* (2). »

(1) 21 avril 1857, Paris, aff. Ancelot (Sir., 1857, 2, 249). — 28 mars 1859, Riom, aff. Laboureys (Sir., 1860, 2, 30; Dall., 1860, 5, 66). — 14 février 1863, Douai, aff. Gatoux (Sir., 1864, 2, 109).

(2) Consulter sur toute cette matière : Rodière et Pont, t. II, nos 1251, 1252 et 1253. — Troplong, t. III, nos 1874, 1875 et 1876. — Aubry et Rau, t. V, p. 448, § 522, texte et notes 6 et 7. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 338, n° 161 bis IV. — Piolet, p. 50, n° 5.

§ 3. — *Des acquêts.*

Les deux sources de revenus des époux, les fruits de leurs biens personnels et les bénéfices provenant de leur industrie, sont, comme nous venons de le voir, attribués à la société d'acquêts. Celle-ci, après avoir fait face aux dépenses qui sont à sa charge, peut, grâce à l'épargne et à une bonne administration, réaliser sur ces revenus des économies importantes, qu'il est naturel de ne pas laisser improductives dans sa caisse et d'employer à des acquisitions. Suivant toute vraisemblance, ces acquisitions faites pendant le cours de l'association conjugale ont été payées avec les deniers de la société d'acquêts, puisque l'un et l'autre époux s'est enlevé par contrat de mariage la faculté de réaliser par son fait des profits personnels. Aussi ce principe domine toute notre matière : *tout bien, meuble ou immeuble, acquis pendant le mariage, est un conquêt et comme tel appartient à la société.*

Cependant, il ne faut pas en conclure que toute acquisition nouvelle, faite pendant le mariage, soit un acquêt de communauté. Lorsque les circonstances de l'acquisition sont connues et constatées, lorsqu'elles fournissent la preuve qu'elle n'est pas le fruit des économies sociales, le bien ainsi acquis est un propre, et la société d'acquêts n'en profite que dans les limites de son droit de jouissance.

Ces dérogations au principe, que nous avons posé, peuvent se grouper autour de trois chefs principaux.

I. — Sont exclus de la société d'acquêts les biens, définitivement acquis pendant sa durée, mais *dont le titre d'acquisition précède le mariage* (art. 1402).

Par exemple :

1° La créance ou l'immeuble acquis avant le mariage sous une condition arrivée *constante matrimonio*;

2° L'immeuble acquis par l'effet d'une prescription commencée par l'un des conjoints avant le mariage;

3° L'immeuble acquis avant le mariage en vertu d'un titre annulable, qui est confirmé pendant le mariage;

4° Le bien, dans la propriété duquel l'un des époux est rentré pendant le mariage, par suite de la résolution ou de la rescision de l'aliénation qu'il en avait antérieurement consentie;

5° Les accroissements de valeur survenus à un propre, comme l'alluvion. — Ainsi encore, lorsqu'un droit d'usufruit, établi sur l'héritage de l'un des époux, vient à cesser naturellement, sans qu'on en ait fait le rachat, la plus-value qui en résulte n'est point un acquêt : car le principe en existait déjà dans le droit dont était investi le conjoint propriétaire.

Mais en est-il de même dans le cas où cet usufruit a été racheté pendant la durée de la société?

Cette question est délicate.

Un *premier système* admet l'affirmative (1). Il s'appuie principalement sur l'art. 1437, qui dispose que « toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre, ou le rachat de services fonciers, il en doit récompense. » Par conséquent, dit-on, si l'un des époux, propriétaire d'un immeuble grevé de servitude, rachète cette charge, l'acquisition lui profite, sauf récompense pour le prix payé par la société d'acquêts ; son immeuble lui reste propre en totalité, et se trouve entre ses mains libéré de la servitude qui le grevait. Or, l'usufruit est lui-même une servitude ; il faut donc lui appliquer la même règle.

Cette argumentation est assurément fort sérieuse. Cependant, nous croyons devoir préférer le *second système*, qui a été consacré par la Cour de cassation (2) et qui considère comme un acquêt l'usufruit racheté. En effet, aux termes de l'art. 1401-3^o, applicable à la société d'acquêts en vertu de l'art. 1581, tout immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage est un conquêt de communauté. Or, l'usufruit d'un immeuble est immeuble (art. 526, C. c.) ; ce droit a

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, p. 69, n^o 24. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. I, n^{os} 504 et 505, t. II, n^o 1176.

(2) 16 juillet 1845, Cass., aff. Duchesne (Sir., 1845, 1, 721 ; Dall., 1845, 1, 321).

été acquis à titre onéreux pendant le mariage ; donc il fait partie de la société d'acquêts. — On a cherché un texte dérogatoire dans l'art. 1437, mais nous pensons qu'il ne s'applique pas à notre hypothèse, et que l'usufruit racheté pendant la société est, non pas un propre, mais un conquêt. S'il en est ainsi de l'usufruit, et s'il en est autrement des servitudes, c'est qu'il y a entre ces droits une différence capitale, qui justifie notre solution. En effet, la servitude ne se conçoit pas indépendamment du fonds, au profit duquel elle est constituée ; une servitude, rachetée par le propriétaire du fonds servant, est définitivement éteinte, parce qu'il n'y a plus de fonds dominant dont elle soit une qualité. Cette extinction profite nécessairement au fonds servant, puisque la servitude ne peut pas exister détachée du fonds en faveur duquel elle a été établie ; c'est pourquoi l'époux propriétaire du fonds servant doit une indemnité à la société d'acquêts qui a payé le prix du rachat. Tout autre est la nature de l'usufruit : il a une existence propre, la cession en est possible (art. 595, C. c.), et l'acheteur aura l'exercice de ce droit pendant la vie du vendeur ou de celui sur la tête duquel il avait été constitué. Il faut suivre la même règle dans notre hypothèse, car il n'y a aucun motif pour distinguer. Quand l'acquisition est faite pendant le mariage, l'acheteur, c'est la société d'acquêts, et l'usufruit doit continuer de subsister à son profit (1).

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n° 2681. — Rodière et Pont,

Les conséquences de notre doctrine sont faciles à déduire, et Proudhon l'a fait avec la logique rigoureuse qui lui est habituelle. Cet usufruit acquis à titre onéreux pendant la durée du mariage tombe dans l'actif social. Si le vendeur, sur la tête duquel il avait été constitué, vient à décéder pendant la durée du mariage, l'usufruit s'éteint pour la société d'acquêts, comme il s'éteindrait pour tout autre acquéreur ; par suite, il n'y aura pas lieu de le faire figurer dans la liquidation et le partage de la communauté. Il en sera autrement si celui, sur la tête duquel il repose, survit à la dissolution de la société ; il faudra lui appliquer les mêmes règles qu'aux autres biens communs.

II. — Les biens, acquis à *titre gratuit*, pendant le mariage par l'un ou l'autre conjoint, ne tombent pas dans l'actif social (art. 1498).

En d'autres termes, tout ce qui leur advient à titre de succession, legs ou donation, reste propre aux époux, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. Ainsi, l'immeuble abandonné par un ascendant à l'un des époux, à la charge de payer ses dettes, n'entre point dans la société d'acquêts, sauf à lui devoir récompense si elle a acquitté de ses deniers le montant des charges ; car cette opération est considérée comme un avancement d'hoirie, comme un

t. I, n° 511. — Aubry et Rau, t. V, p. 295, § 507, texte et note 44, et p. 367, § 511 *bis*, note 3.

accommodement de famille. Ainsi encore, le bien, que l'un des conjoints a acquis par retrait successoral (art. 841, 351, 352, 747 et 766, C. c.), lui reste exclusivement attribué : car c'est en vertu de l'exercice d'un droit héréditaire, en qualité d'héritier, qu'il l'a recueilli.

De même, la société d'acquêts n'a aucun droit aux *purs dons* ou *gains de fortune*, qui peuvent survenir à l'un ou à l'autre des époux durant l'association conjugale. Le hasard est assimilé au titre gratuit. — Ce principe admis, des difficultés nombreuses surgissent dans son application, parce que le plus souvent l'intelligence et l'activité de l'homme se combinent en proportions indéfinies avec les faveurs aveugles du sort.

Aussi devons-nous parcourir quelques hypothèses.

1^o Un *trésor* est découvert, soit par l'un des époux dans un immeuble à lui propre ou dans le fonds d'un tiers, soit par un tiers dans le propre de l'un des époux. Ce trésor, ou la part qui en est attribuée par la loi à l'inventeur, tombe-t-il dans la société d'acquêts ?

Quelques auteurs proposent une distinction. Si, disent-ils, le trésor est découvert par hasard, et sans aucun travail, il constitue un véritable gain de fortune, et ne revient pas à la société d'acquêts. Mais si, en exerçant son métier, le travailleur découvre ce qu'il ne cherchait pas, le profit qu'il recueille est dû à son travail, et par cela même doit

être acquis à la société. Peut-on dire que ce soit là une de ces choses qui arrivent aux hommes heureux, *etiam dormientibus*? Il a été heureux sans doute, mais c'est pendant qu'il travaillait. Le coup de pioche qu'il a donné appartenant à la société d'acquêts, pourquoi cette société ne profiterait-elle pas de la chose que ce coup de pioche a fait acquérir (1)?

A notre avis, cette distinction, d'ailleurs fort subtile, ne saurait être admise. Même dans la dernière hypothèse, l'objet découvert constitue un pur don de fortune dont, sans doute, le travail a été l'occasion, mais qui ne procède nullement du travail, et n'en est en aucune manière le produit ou la rétribution. D'un autre côté, la découverte n'a porté aucun préjudice à la société d'acquêts; car l'ouvrier, dont le coup de pioche a rencontré un trésor, n'en a pas moins donné à la communauté le temps et le travail qu'il lui devait. Ainsi, tout est dû au hasard dans un bénéfice semblable; l'industrie n'y a aucune part; la raison de la loi manque absolument pour qu'on en puisse faire un acquêt; il reste donc propre à l'époux inventeur (2). — Cependant, si l'invention était le résultat de recherches, de fouilles faites dans un intérêt artistique ou archéologique, on pourrait

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1871. — Zachariæ, t. IV, p. 174, § 655, note 6.

(2) Rodière et Pont, t. II, nos 1244 et 1245. — Aubry et Rau, t. V, p. 449, § 522. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 338, n° 161 bis VII.

y voir le produit d'une certaine industrie, et attribuer à ce titre à la société d'acquêts les objets découverts (1).

Les mêmes motifs nous conduisent aux mêmes solutions pour les cas où l'un des époux trouverait des épaves, ou recueillerait des pierres précieuses sur le bord de la mer.

2° Les gains faits dans une *loterie* par l'un des époux lui appartiennent certainement en propre, lorsque le billet avait été acheté avant le mariage, quoique le tirage n'ait eu lieu que pendant sa durée. C'est l'application du principe en vertu duquel le mobilier présent des époux est exclu de la société d'acquêts ; le billet de loterie constitue, en effet, suivant les expressions de Pothier, « une espèce de créance conditionnelle du lot qui pourra échoir à ce billet par la roue de la fortune (2), » et fait partie du mobilier présent.

Faut-il adopter la même décision, si le billet a été pris durant le mariage ? -- La question est controversée.

Les uns excluent, dans tous les cas, ces bénéfices de l'actif social (3).

D'autres, reproduisant purement et simplement la doctrine de Pothier, admettent une distinction. Les

(1) Piolet, p. 59.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 321.

(3) Laurent, t. XXIII, p. 147, n° 134.

gains ainsi réalisés ne tombent pas, en général, dans la société d'acquêts, car dans une loterie tout est dû au hasard : la prévoyance du joueur n'y entre pour rien, et il ne faut pas être plus habile ou plus laborieux pour gagner à la loterie que pour trouver un trésor. — Toutefois, ajoute-t-on, s'il était prouvé que le billet gagnant a été payé des deniers de la société d'acquêts, le lot tomberait dans cette société comme prix du risque qu'elle a couru (1).

Nous préférons adopter la troisième opinion, et faire tomber le bénéfice ainsi réalisé dans le fonds social, si le billet a été pris durant le mariage, sans exiger la preuve qu'il a été payé des deniers communs. Sans doute, on ne saurait voir dans le lot ainsi acquis un produit du labeur, de l'industrie de l'époux gagnant. Mais, ce qui nous paraît décisif, c'est que, sous notre régime, tout bien acquis pendant la durée du mariage est réputé acquêt jusqu'à preuve contraire (art. 1499) ; c'est qu'il y a présomption que le billet a été payé des deniers de la société d'acquêts (2).

3^e Les mêmes principes s'appliquent aux *valeurs à lots*, qui ont pris aujourd'hui une si grande importance.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 323. — Rodière et Pont, t. II, n° 1247.

(2) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1872. — Aubry et Rau, t. V, p. 449, § 522, texte et note 9. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 338, n° 161 *bis* VI.

Une obligation sort à un tirage; elle doit être remboursée avec prime. La prime appartiendra au propriétaire de l'obligation, c'est-à-dire à la société d'acquêts si cette valeur a été acquise pendant sa durée, à l'époux si elle lui appartenait déjà au moment du mariage. Dans ce dernier cas, en effet, on ne saurait considérer ce bénéfice, ni comme un produit du travail ou de l'industrie, ni comme un supplément d'intérêts (1) : c'est la capitalisation d'une portion des revenus, que le créancier laissait entre les mains de la compagnie emprunteuse, afin d'obtenir au terme un remboursement plus considérable que la somme originellement versée, et de parer ainsi à l'inévitable dépréciation de son capital.

4^o Une question semblable s'agite pour les *gains faits au jeu* ; on se demande s'ils tombent dans la société d'acquêts ?

L'affirmative nous paraît certaine, s'il s'agit d'un jeu d'adresse, tel que le tir à la carabine ou le jeu de billard ; car, si le hasard n'est pas étranger à ces bénéfices, il faut reconnaître qu'ils sont dûs surtout à l'habileté et au talent du joueur ; c'est donc un gain provenant de l'industrie de l'un des époux, qui doit, en conséquence, être versé dans la société d'acquêts.

Mais que faut-il décider s'il s'agit d'un jeu de hasard : dés, cartes, roulette ou pari ?

(1) 14 mars 1877, Cass., aff. Teisseire (Sir., 1878, 1, 5); et la note de M. Labbé.— 13 avril 1878, Paris, aff. Froissard (Sir., 1878, 2, 134).

Une *première opinion* exclut de la société d'acquêts les bénéfices qui en résultent ; car, dit-on, on ne saurait, sans abus, considérer comme un travail l'action de rouler des dés, de tenir des cartes ou de faire un pari (1).

Dans un *second système*, en faveur duquel nous nous prononçons, ces gains sont attribués à la société d'acquêts (2). En effet, quelque prépondérance que soit ici la part du hasard, l'habileté du joueur, la science de ses combinaisons, ses calculs, constituent une sorte de travail, une certaine industrie, qui sert à son succès. D'ailleurs, jusqu'à preuve contraire, la société d'acquêts est présumée avoir fourni l'argent destiné au jeu ou au pari ; puisqu'elle court un risque, il est logique et équitable de lui faire recueillir les bénéfices.

— De ces hypothèses on peut rapprocher les profits réalisés dans des *spéculations sur des marchandises* ou *sur des valeurs de bourse*.

S'agit-il de marchés au comptant, de marchés à terme sérieux, de reports non fictifs, les bénéfices provenant de ces opérations tombent dans l'actif social ; car ils constituent, non pas un jeu de hasard, mais une véritable spéculation, un métier, une

(1) Rodière et Pont, t. II, nos 1248 et 1249. — Laurent, t. XXIII, p. 147, n° 134.

(2) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1872. — Aubry et Rau, t. V, p. 449, § 522, texte 2, note 8. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 338, n° 164 bis V.

branche de commerce, une industrie analogue à celle d'un négociant qui, s'il est intelligent, profitera de la baisse pour acheter des marchandises et attendra la hausse pour les revendre.

Quant aux opérations qui constituent ce qu'on appelle des jeux de bourse, elles sont bien réprouvées par la loi, mais elles présentent la plus grande analogie avec les jeux de hasard, et les bénéfices qu'elles procurent doivent pour les mêmes raisons être attribués à la société d'acquêts.

5° Faut-il faire tomber dans l'actif social l'*indemnité* allouée, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, à l'un des époux victime d'un accident, par exemple d'un accident de voiture ou de chemin de fer ?

On a proposé, en effet, de faire tomber cette indemnité dans la société d'acquêts, en disant que la somme allouée est la juste réparation du préjudice causé à la société par suite de l'amoindrissement ou de la suppression du travail et de l'industrie de l'époux, victime de l'accident (1).

Cette solution nous laisse des doutes très sérieux et nous serions tentés de la repousser. Que les dommages-intérêts alloués consistent dans une rente viagère, ou dans un capital une fois payé, nous pensons que la société acquerra les arrérages et les intérêts échus pendant sa durée, mais que le titre

(1) Piolet, p. 64.

même de la créance ou le capital ne tombera pas dans l'actif social. L'indemnité, en effet, a pour objet la réparation non seulement du préjudice présent, mais encore du préjudice futur, de celui que l'époux victime de l'accident continuera d'éprouver, même après la dissolution du mariage, s'il survit. Or, il nous semblerait injuste de comprendre cette créance ou ce capital dans la masse commune, pour la soumettre au partage et peut-être pour en enlever tout le bénéfice à la victime de l'accident, si cette victime est la femme et qu'elle renonce à la communauté. D'ailleurs, les textes sont en cela d'accord avec l'équité; car l'article 1498 n'attribue à la société d'acquêts que les acquisitions provenant de l'industrie ou du travail des époux, et ici il n'y a ni travail, ni industrie. Donc le droit, soit à la rente viagère, soit au capital, ne doit pas tomber dans la société d'acquêts; celle-ci ne peut prétendre qu'aux intérêts et arrérages, comme elle a droit aux fruits des biens des conjoints. — Il faudrait cependant tenir compte des termes du jugement intervenu; et si, par exemple, une indemnité spéciale était accordée pour médicaments et honoraires du médecin, le montant devra en être accordée à la société d'acquêts, qui aurait acquitté ces frais (1).

Toutefois, si l'indemnité était payée par une com-

(1) Bellot des Minières, *Régime dot. et comm. d'acq.*, t. IV, p. 38, n° 2826.

pagnie d'assurances contre les accidents, et si les primes avaient été prélevées sur le produit du travail quotidien des époux, la somme allouée doit appartenir à la société d'acquêts ; il est juste que la communauté, qui paie les primes, acquière la créance éventuelle, et reçoive, le cas échéant, la compensation de ses sacrifices.

— Quant à l'indemnité payée par une compagnie d'assurances contre l'incendie à la suite d'un sinistre, elle doit suivre le sort du bien qu'elle remplace. En conséquence, la chose, mobilière ou immobilière, détruite par l'incendie, faisait-elle partie de la société d'acquêts, l'indemnité appartiendra à cette société ; était-elle propre à l'un des conjoints, l'indemnité lui sera exclusivement réservée.

III. — Les biens *subrogés* aux biens propres n'entrent pas dans la société d'acquêts ; ils prennent la place des biens auxquels ils sont substitués, soit par l'effet de la loi, soit par l'effet d'une convention expresse.

Ceci se présente dans les hypothèses suivantes :

1^o En cas d'échange, la subrogation a lieu de plein droit (art. 1407 et 1559), et le bien, reçu par l'époux en contre-échange, lui est propre pour le tout, alors même qu'il aurait une valeur supérieure à celle du propre abandonné ; la soulte, dont il peut être débiteur, n'est qu'un accessoire du contrat et ne saurait en modifier la nature, elle donne seulement

lieu à récompense si elle a été acquittée des deniers de la société d'acquêts.

Toutefois, si le bien donné en échange est un bien dotal, il faut tenir compte de l'article 1543, qui ne permet pas d'augmenter la dot pendant le mariage, et décider en conséquence que le bien substitué n'est dotal que jusqu'à concurrence de la valeur du premier, et que pour l'excédant il est paraphernal (1).

2° Lorsque l'un des conjoints, copropriétaire par indivis d'un héritage, l'acquiert en entier par licitation durant le mariage, cet héritage n'entre pas dans la société d'acquêts, et lui reste propre pour le tout (art. 1408-1°), sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Mais si, en pareille circonstance, la femme est devenue adjudicataire de tout l'immeuble, dont elle s'était constituée une partie en dot, nous déciderons, comme dans l'espèce précédente, et par identité de motifs, que la part indivise comprise dans la constitution de dot est dotale, tandis que le surplus de l'immeuble devient paraphernal.

3° L'immeuble, cédé par un de ses ascendants à l'un des époux en paiement de ce qu'il lui doit, ne tombe pas dans la société d'acquêts, quelle que soit la cause de la dette (art. 1406). Il en est ainsi notamment de l'immeuble cédé, soit au mari en paiement d'une

(1) 28 mai 1866, Bordeaux, aff. Amouroux (Sir., 1866, 2, 366).

somme d'argent qui lui avait été promise par contrat de mariage par ses père et mère, soit à la femme dans les mêmes conditions pour une somme paraphernale.

Mais une question s'élève en présence de l'article 1553-2°. Une dot a été constituée en argent, et, pendant le mariage, le constituant donne un immeuble pour remplir cette obligation, quelle sera la nature de cette immeuble? Sera-ce un conquêt, un bien dotal, ou un paraphernal?

Si le contrat de mariage stipulait une clause d'emploi, l'immeuble appartient en propre à la femme, comme dotal : pas de doute sur ce point.

Mais que décider en l'absence de cette clause? L'immeuble alors ne peut devenir dotal : l'art. 1553 s'y oppose formellement. Nous pensons qu'il faut distinguer : — Si la cession est faite au mari, l'immeuble doit tomber dans l'actif de la société d'acquêts. Celle-ci, en effet, serait devenue quasi-usufruitière de la dot, au cas où elle aurait été versée en argent selon la convention originaire; un immeuble, il est vrai, a été substitué aux deniers qu'elle aurait touchés; mais sa situation n'en saurait être modifiée, c'est comme si elle avait elle-même employé ces valeurs dotales à faire cette acquisition. — Si la cession est faite à la femme ou au profit de la femme et acceptée par elle, certains auteurs enseignent qu'il n'y a pas de subrogation réelle possible, et que l'immeuble devient encore la propriété

de la société d'acquêts (1). A notre avis, cette doctrine ne tient pas assez compte de l'art. 1406, qui paraît s'appliquer aussi bien au cas où la dette de l'ascendant consiste dans la somme promise à titre de dot, qu'au cas où cette dette a toute autre cause. Elle méconnaît également l'intention des parties qui, en sollicitant l'adhésion expresse de la femme, ont manifesté clairement le désir de voir l'immeuble cédé demeurer sa propriété exclusive. Or, il ne peut pas être dotal : cela est certain ; mais il ne s'ensuit pas qu'il soit un conquêt. Il y a, en effet, une autre classe de biens propres à la femme, les paraphernaux, et c'est dans cette classe que doit prendre place l'immeuble dont il s'agit (2).

Cependant, cette solution nécessite un tempérament. Les deniers constitués en dot devaient d'après le contrat de mariage être versés entre les mains du mari ; celui-ci en a consenti une transformation, un mode d'emploi ; mais son droit de jouissance doit être respecté. Or, ce droit serait méconnu si, à titre de paraphernal, nous abandonnions à la femme l'administration et la jouissance de cet immeuble, représentant des valeurs dotales : elle en profiterait au préjudice du mari, puisqu'il serait laissé à son bon vouloir de réaliser ou non des économies, dont elle serait seulement comptable envers la société d'acquêts. Ce serait donc arriver à une diminution de

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 52.

(2) Piolet, p. 169 et 170.

la dot à une violation de l'article 1543. Aussi devons-nous ajouter ici que la femme doit indemniser le mari de la diminution de jouissance que l'opération entraîne pour lui, soit en lui payant les intérêts de la somme constituée en dot (1), soit en lui abandonnant la jouissance de l'immeuble cédé en paiement (2).

4° Les biens acquis en remplacement, en remploi de biens propres, constituent eux-mêmes des propres au même titre que ceux qu'ils représentent.

Le remploi doit se faire conformément aux dispositions des art. 1434 et 1435. Edictée pour la communauté légale, cette règle s'applique, en vertu de l'art. 1528, à la communauté réduite aux acquêts ; elle est généralement suivie par les auteurs et par la jurisprudence, sous le régime dotal (3) ; elle doit, à plus forte raison, en vertu de l'art. 1581, être également admise, quand les époux sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts.

Par suite, si le mari, après avoir vendu l'un de ses propres, achète durant le mariage un héritage, avec déclaration *in continenti* que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'aliénation de son propre et pour lui tenir lieu de remploi, l'héritage acheté,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 467, n° 225 bis V.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 537, § 534, n° 4, let. a.

(3) 20 juillet 1858, Agen, aff., Lasserre (Sir., 1859, 2, 1; Dall., 1859, 1, 276). — 2 mai 1859, Cass., aff. Lasserre (Sir., 1859, 1, 293; Dall., 1859, 1, 276). — 12 juin 1865, Cass., aff. Montlaur (Sir., 1865, 1, 298; Dall., 1865, 1, 444). — En sens contraire : 26 avril 1872, Rouen, aff. Duchemin (Sir., 1873, 2, 133).

étant subrogé au propre vendu, ne tombe pas dans la société d'acquêts.

De même, si le mari a acquis un immeuble, avec déclaration que l'acquisition est faite pour tenir lieu de remploi à un propre de sa femme, cet immeuble reste la propriété exclusive de celle-ci, pourvu qu'elle ait formellement accepté ce remploi *in continenti, aut ex intervallo* mais avant la dissolution du mariage. Si l'immeuble aliéné était paraphernal, l'immeuble acquis en remploi est paraphernal; s'il était dotal, le nouvel immeuble est dotal, sauf la remarque que ce dernier cas ne peut se présenter qu'autant que la dot a été stipulée aliénable sous condition de remploi.

— Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici quē du remploi du prix des propres immobiliers. Il faut prévoir l'hypothèse, toute naturelle sous notre régime, où il y a lieu d'opérer le remploi du prix de propres mobiliers ou l'emploi de deniers propres. Nous pensons qu'il faut observer les mêmes principes, et que l'immeuble acquis de ces deniers est exclu de la société d'acquêts, si l'on s'est conformé aux art. 1434 et 1435. Nous appliquons à la société d'acquêts, stipulée sous le régime dotal, en vertu des art. 1528 et 1581, la règle que le législateur a, selon nous, implicitement consacrée en matière de communauté légale. En effet, l'art. 1470-1^o autorise le prélèvement des biens acquis en remploi, sans distinguer suivant que les propres aliénés sont des meubles ou des immeubles; il admet donc que le prix

des meubles propres, comme le prix des immeubles personnels, peut faire l'objet d'un remploi valable. L'art. 1593-2° confirme cette déduction; il permet la dation d'un immeuble faite par le mari à sa femme en remploi d'un propre aliéné ou de deniers à elle appartenant, sans tenir aucun compte du caractère mobilier ou immobilier de ce propre. Or, si le mari peut céder un immeuble en remploi du propre mobilier de celle-ci, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas acquérir d'un étranger un immeuble en remploi de ce même propre mobilier. Il est vrai que dans les art. 1434 et 1435 il n'est question que du remploi du prix d'un immeuble; mais il ne faut pas oublier que la loi statue toujours *de eo quod plerumque fit*, et que sous le régime de la communauté légale, pour laquelle ces articles sont écrits, il n'existe en principe que des propres immobiliers; ce n'est donc pas un motif suffisant, en présence de la généralité des art. 1470 et 1593, pour ne pas appliquer la même règle au remploi d'un propre mobilier, du moment où les époux ont des propres de cette nature (1).

Cependant, lorsque l'immeuble acquis est destiné à servir de placement aux deniers dotaux, il faut faire une distinction imposée par l'article 1553-1°. Si la condition d'emploi a été stipulée dans le contrat de mariage, l'immeuble acquis est subrogé aux

(1) 16 novembre 1859, Cass., aff. Berrier-Fontaine (Dall., 1859 1, 490; Sir., 1860, 1, 242).

deniers, et prend la qualité dotale qui leur appartenait. Au contraire, cette stipulation d'emploi fait-elle défaut, l'immeuble en question est un acquêt pur et simple et tombe pour le tout dans la société.

Il arrivera rarement que le prix de l'immeuble acquis en remploi soit égal au prix du propre aliéné. Il faudra suivre alors, par identité de motifs, les règles que nous avons admises en matière d'échange : si l'opération présente véritablement les caractères d'un emploi ou d'un remploi, l'immeuble acquis sera propre à l'époux, sauf récompense à la société d'acquêts qui a fourni les deniers nécessaires à parfaire le prix à payer (1). — Nous repoussons ainsi l'opinion qui soutient qu'il y a alors indivision entre la femme et la société d'acquêts dans la proportion de la différence des valeurs (2). Le Code civil a voulu couper court aux difficultés des estimations et éviter la fréquence de l'état d'indivision.

Toutefois, une observation particulière est nécessaire quand il s'agit du remploi du prix d'un bien dotal. La dot, en effet, ne peut être ni augmentée ni transformée pendant la durée du mariage (art. 1543) : par conséquent, l'immeuble ainsi acquis en remploi n'est dotal que jusqu'à concurrence du prix de cette aliénation : le surplus est paraphernal.

(1) 8 août 1868, Caen, aff. Suriray (Sir., 1870, 2, 116). — 19 décembre 1871, Cass., aff. Parriche (Sir., 1871, 1, 192). — 10 juillet 1869, Aix, aff. Midor (Sir., 1872, 2, 175). — 21 mai 1873, Cass., aff. Masbrenier (Dall., 1874, 1, 69).

(2) 13 mai 1872, Bordeaux, aff. Masbrenier (Sir., 1873, 2, 39).

SECTION II.

Passif de la société d'acquêts.

Le passif de la société d'acquêts est gouverné par le même principe que le passif de la communauté légale ; la même corrélation doit être établie entre son passif et son actif, « *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.* » Par application de cette règle, et en nous plaçant au point de vue des rapports des époux, c'est-à-dire au point de vue de la contribution aux dettes, nous laisserons à la charge de chacun des époux :

1° Toutes les dettes, même mobilières, antérieures au mariage. — Étrangère à l'actif présent, la société d'acquêts doit être également étrangère au passif présent. C'est ce que l'art. 1498 exprime en disant que les époux mariés sous ce régime sont censés exclure de la communauté leurs *dettes actuelles*.

2° Toutes les dettes, même mobilières, grevant les successions, donations ou legs, échus aux époux pendant le mariage. — La société d'acquêts ne saurait être grevée de ce passif, parce que ces biens restent propres aux époux. C'est en ce sens que doit être entendu le premier alinéa de l'art. 1498, quand il dispose qu'en adoptant ce régime les époux sont censés exclure leurs *dettes futures*. — A peine est-il besoin d'ajouter que si le bien donné ou légué devait, en vertu d'une clause de la donation ou du testa-

ment, tomber en totalité ou en partie dans l'actif social, la communauté serait tenue de contribuer proportionnellement à l'acquittement des dettes ou obligations mises à la charge du donataire ou du légataire.

Si, en fait, la société avait payé ces dettes, elle aurait droit à récompense.

Ainsi, nous pouvons poser en principe, que le passif de la société d'acquêts se compose exclusivement de dettes nées pendant sa durée. Ces dettes se divisent en deux catégories : les unes constituent les charges du mariage ; les autres proviennent du chef des conjoints.

§ 1^{er}. — *Des dettes qui constituent les charges de la société d'acquêts.*

La société d'acquêts, comme la communauté légale, doit supporter toutes les charges périodiques, qui correspondent aux revenus qu'elle perçoit. Tels sont :

1^o Les intérêts et arrérages, échus pendant la durée du mariage, des dettes et rentes passives, personnelles aux époux (arg. tiré des art. 1409-3^o et 1512).

La société d'acquêts doit également acquitter les arrérages des rentes et les intérêts des dettes, qui grèvent le patrimoine des enfants communs ou des enfants du mari âgés de moins de dix-huit ans ac-

complis et non émancipés : elle profite de la jouissance de leurs biens, elle doit acquitter les charges de cette jouissance (art. 385, C. c.).

2° Les réparations usufruituaires des biens propres, (arg. tiré des art. 1409-4° et 1528). C'est là une conséquence naturelle de son droit d'usufruit.

Il en résulte que dans notre doctrine, où la jouissance des paraphernaux est conservée à la femme, c'est sur elle également qu'en retombent les réparations d'entretien.

3° La nourriture et l'entretien des deux conjoints, les aliments et les frais d'éducation des enfants, et toute autre charge du mariage (art. 1409-5°), par exemple, les frais d'apposition de scellés, d'inventaire et de liquidation de la masse commune, lorsque la société arrive à se dissoudre.

La société d'acquêts est-elle grevée des frais d'éducation et d'entretien des enfants que l'un des époux aurait eus d'une précédente union? A notre avis, il faut distinguer suivant qu'ils ont ou n'ont pas un revenu suffisant pour subvenir à leurs dépenses. — Ont-ils un revenu suffisant pour faire face à leurs besoins, de deux choses l'une : ou c'est leur père qui a survécu et s'est remarié, alors la communauté sera tenue d'acquitter ces frais, parce que, acquérant les fruits des propres des époux, elle profite des revenus des enfants, qui appartiennent au père en vertu de son droit de jouissance légale, sous l'obligation d'acquitter ces dépenses (art. 385-2°, C. c.); ou c'est

leur mère qui a survécu et s'est remariée, alors, son droit de jouissance s'étant éteint par ces secondes noces (art. 386), la société d'acquêts n'acquiert pas ces revenus, et par suite, ne saurait être tenue de payer ces dépenses, qui seront à la charge des enfants.

— Si, au contraire, les enfants du premier lit n'ont qu'un revenu insuffisant, ou s'ils n'ont aucun revenu, la communauté sera-t-elle tenue de ces dépenses? S'il s'agissait de la communauté légale, nous n'hésiterions pas à décider que cette dette, étant mobilière et antérieure au mariage, tombe dans la communauté. Mais, les époux étant mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts, la question est plus délicate, car, peut-on objecter, les dettes antérieures au mariage sont exclues de la communauté, qui, si elle les acquitte, a droit à récompense. Quoiqu'il en soit, nous inclinons à ne faire sur ce point aucune distinction entre les enfants communs et les enfants non communs; les termes de l'art. 1409 sont, d'une part, aussi généraux que possible; et, d'un autre côté, ces frais sont regardés comme une charge des fruits, et doivent à ce titre tomber irrévocablement dans le passif de la société.

Ces mêmes raisons nous déterminent à adopter une solution analogue à l'égard de l'enfant naturel, qui a été reconnu avant le mariage par l'un des conjoints. Toutefois, il doit en être autrement dans l'hypothèse où cet enfant naturel aurait des biens personnels; si ces dépenses sont payées par la société

d'acquêts, elle a droit à récompense, car, l'auteur de la reconnaissance n'ayant pas la jouissance légale de ces biens, elle-même n'en acquiert jamais les revenus. — Quant aux frais d'éducation et d'entretien de l'enfant naturel, que l'un des époux aurait eu avant le mariage d'un autre que de son conjoint, et qu'il reconnaîtrait seulement pendant le mariage, ils sont très certainement exclus de la société d'acquêts, et celle-ci, si elle les avait payés, aurait droit à récompense (art. 337, C. c.).

§ 2. — *Des dettes contractées par les époux pendant le mariage.*

Les dettes contractées, soit par le mari, soit par la femme autorisée, tombent dans le passif de la société d'acquêts, tantôt définitivement, tantôt à charge de récompense.

I. *Dettes contractées par le mari.* — La société d'acquêts supporte toutes les dettes nées du chef du mari pendant sa durée. Il ne faut pas à cet égard se laisser arrêter par les termes de l'art. 1498, qui exclut du passif social les dettes futures; autrement on rendrait toute administration impossible; en s'attachant à la lettre du texte, et en refusant au mari le droit d'obliger les biens communs en s'obligeant personnellement, on lui enlèverait les moyens de pourvoir même aux besoins du ménage. L'arti-

cle 1498 est donc étranger aux dettes contractées par le mari pendant la durée de la communauté, et à défaut de texte spécial nous devons appliquer les règles de la communauté légale (art. 1409-2°).

Nous déciderons en conséquence, que le mari oblige la société dans tous les cas, qu'il ait traité en son nom personnel ou au nom de la société d'acquêts. La femme acceptante sera tenue, à la dissolution de la communauté, de supporter la moitié de ces dettes, quoiqu'elle n'y ait pas donné son consentement, alors même que ces obligations n'auraient pas été contractées dans l'intérêt commun. Le mari est, en effet, seigneur et maître de la société ; en s'obligeant, il oblige la société, de même que tout débiteur en s'obligeant oblige tout son patrimoine. Il en est ainsi, que la dette soit mobilière ou immobilière, à moins, dans ce dernier cas, qu'elle n'ait été contractée à titre gratuit ; car ce serait une donation, et le mari n'a pas le droit de disposer à titre gratuit des immeubles de la société.

Le mari oblige la société, quelle que soit la source de son engagement, qu'il dérive d'un contrat ou d'un quasi-contrat (sauf récompense, si l'engagement était relatif à un propre, ou consenti dans l'intérêt exclusif du mari), d'un délit civil ou d'un quasi-délit.

La société d'acquêts est même grevée des dettes nées des infractions à la loi pénale commises par le mari, sans aucune distinction entre les crimes, les délits et les contraventions. — Mais ces dettes res-

tent-elles définitivement à la charge de la société d'acquêts, et celle-ci, après les avoir acquittées, n'a-t-elle droit à aucune récompense ?

La loi s'en explique formellement pour les amendes encourues par le mari ; l'art. 1424-1^o décide que la communauté aura droit à récompense. Cette règle, contraire à notre ancien droit, se justifie par la personnalité des peines ; ce caractère des pénalités édictées par nos lois s'oppose à ce qu'une peine pécuniaire encourue par le mari soit supportée en commun par la femme innocente et par le mari coupable.

Quant aux dommages-intérêts alloués à la partie lésée, nous pensons qu'ils restent définitivement et sans récompense à la charge de la société d'acquêts ; car c'est une dette née pendant la société par le fait du mari, et qui n'a pas le caractère pénal et personnel des amendes dont parle l'art. 1424.

II. *Dettes contractées par la femme.* — En principe, la femme n'a pas le droit de disposer des biens de la société d'acquêts, et de les engager par les obligations qu'elle contracte (art. 1426). L'application rigoureuse de cette règle nous conduirait à cette conséquence, que la femme n'oblige pas la communauté alors même qu'elle a été autorisée par son mari à contracter ; car l'autorisation maritale a uniquement pour but de l'habiliter : « *qui auctor est, non se obligat.* » Mais notre Code, suivant en cela notre ancienne jurisprudence, a décidé que le créancier

envers lequel la femme s'est obligée avec l'autorisation de son mari, pourrait agir, non seulement sur les biens paraphernaux de la femme sa débitrice, mais encore sur les biens communs et sur ceux du mari (art. 1409-2^o). Cette règle comporte cependant deux exceptions : le mari et la société ne sont ni l'un ni l'autre obligés par l'autorisation maritale donnée à la femme, soit d'accepter une succession à elle échue (art. 1413), soit d'aliéner un de ses propres (arg. tiré de l'art. 1432).

Lorsque la femme contracte avec l'autorisation de justice, il faut alors revenir au principe, d'après lequel elle n'oblige ni le mari, ni la société (art. 1426) sauf dans les deux hypothèses prévues par l'art. 1427, c'est-à-dire pour tirer le mari de prison, ou pour pourvoir, en cas d'absence du mari, à l'établissement des enfants communs.

Cependant, même dans le cas où les obligations contractées par la femme n'engagent pas la société d'acquêts, celle-ci peut être poursuivie par l'action *de in rem verso* jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré des actes passés par la femme avec l'autorisation de justice, ou même sans autorisation.

III. *Dettes contractées par les deux époux conjointement ou solidairement.* — La femme qui s'est obligée solidairement avec son mari n'est réputée à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution; elle a donc le droit d'être indemnisée de l'obligation

qu'elle a contractée (art. 1431). Mais, vis-à-vis du créancier, la femme, comme le mari et la société d'acquêts, est dans la position d'un codébiteur solidaire ordinaire; elle ne serait donc pas admise à opposer à l'action de ce créancier le bénéfice de division, ni à exciper du bénéfice de discussion.

Les mêmes règles sont applicables au cas où l'obligation est simplement conjointe. Les deux hypothèses ne diffèrent que relativement à la quotité pour laquelle la femme peut être poursuivie.

Observons seulement que, sous notre régime de combinaison d'une société d'acquêts et du régime dotal, les engagements valablement contractés par la femme ne peuvent être poursuivis que sur ses paraphernaux.

IV. *Dettes provenant d'une constitution de dot faite aux enfants communs.* — La société d'acquêts, étant soumise aux mêmes règles que la communauté d'acquêts (art. 1581), et par conséquent régie par les principes de la communauté légale (art. 1528), peut avoir à supporter la dot constituée aux enfants communs. Nous devons à ce sujet passer en revue les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

Premier cas. — Les père et mère ont constitué conjointement une dot à un enfant commun.

Les art. 1438 et 1544-1^o sont alors en parfaite concordance : l'un et l'autre conjoint est person-

nellement obligé, et chacun d'eux est tenu pour moitié, à moins de convention contraire, alors même (art. 1546) que l'enfant doté aurait des biens personnels.

Il en est ainsi, bien que la dot, constituée conjointement par le père et la mère, ait été fournie ou promise en biens personnels à l'un d'eux ; celui qui a acquitté l'obligation dans son intégralité, a payé la dette de son conjoint et se trouve être son créancier pour la moitié de la valeur des biens donnés.

La même règle doit être suivie dans le cas où la dot ainsi constituée a été fournie ou promise en effets de la société d'acquêts ; la femme, qui n'a pas eu le soin de stipuler qu'elle ne sera tenue qu'en qualité de commune en biens, restera, malgré sa renonciation, débitrice personnelle de la moitié de la dot, et devra indemnité à son mari ou à ses héritiers pour sa part dans la constitution dotale.

Deuxième cas. — Le père seul a constitué la dot.

Nous appliquerons ici, non pas l'art. 1544-2°, mais l'art. 1439, et nous déciderons en conséquence que la constitution de dot est une dette de la société d'acquêts, que la femme acceptante, en sa qualité de commune en biens, devra supporter pour moitié, à moins que le mari n'ait expressément déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout.

Il en est ainsi, et la femme n'est tenue de la constitution faite par le mari seul qu'autant qu'elle ac-

cepte la communauté, dans le cas où elle aurait été présente au contrat et où le mari aurait déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels. La femme n'a pas parlé à l'acte, elle ne s'est pas obligée ; elle ne peut être tenue que comme commune et si elle accepte la communauté.

Troisième cas. — La mère, autorisée du mari, a seule constitué la dot.

Si elle a doté l'enfant commun avec un de ses propres, le mari et la société d'acquêts y restent étrangers.

Si elle a promis une somme d'argent, elle dote *de suo*, mais elle engage la communauté qui, si elle paie, aura droit à récompense.

Si la femme a doté sans l'autorisation du mari, elle n'a pu engager la société d'acquêts.

Quatrième cas. — La dot est constituée par le survivant des père et mère.

Il est évident qu'alors la dot ne peut pas être à la charge d'une société qui n'existe plus. Seulement il y a lieu de se demander sur quels biens elle doit être prise ?

Si la dot est constituée par le survivant de son chef seul, il est seul obligé.

Si elle est constituée pour droits tant paternels que maternels, et si le survivant n'a pas indiqué la part pour laquelle il entendait s'obliger personnellement, la loi décide, par interprétation de sa volonté, que la dot se prendra d'abord sur les droits du futur

époux dans les biens du conjoint prédécédé, et pour le surplus sur les biens du constituant (art. 1545). La part contributive de celui-ci est donc indéterminée; elle peut être supérieure, égale ou inférieure à la moitié; cela dépend de la valeur de l'hérédité laissée par le prédécédé.

CHAPITRE III.

DÉTERMINATION DES DIFFÉRENTES CLASSES DE BIENS. — DES DROITS DU MARI.

« En se soumettant au régime dotal, porte l'art. 1581 du Code civil, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux art. 1498 et 1499. »

Cette clause n'a point une sphère d'application tellement spéciale, qu'il s'agisse d'ajouter aux règles de la dotalité celles de la communauté. Ces deux régimes coexistent et se combinent, sans toutefois se confondre; les effets de la société d'acquêts s'appliquent à certains biens, tandis que certains autres relèvent du régime dotal pur avec toutes ses conséquences. Mais entre deux institutions si différentes des conflits s'élèvent, et à chaque instant on se trouve en présence de règles contradictoires. Ces oppositions nécessaires et fatales prouvent bien qu'il faut s'en tenir à une combinaison des deux régimes, bien plus qu'à leur développement parallèle et distinct. Mais en vertu de quel principe général pourratt-on les résoudre et préparer la solution?

A nos yeux, la règle générale, qui doit nous servir de guide en cette matière, peut se formuler ainsi : *tous les biens, qui ne rentrent pas dans la société*

d'acquêts, sont soumis au régime dotal et à toutes les règles qui en découlent habituellement (1).

En conséquence, pour tout ce qui concerne le fonds commun, nous appliquerons les règles de la communauté ; pour tout ce qui concerne les biens restant en dehors de la société, nous nous référons aux règles du régime dotal. Ce principe nous paraît être l'expression de l'intention des parties sagement interprétée. Qu'ont-elles voulu en effet ? d'une part, conserver à la femme toutes les garanties de la dotalité ; d'autre part, partager entre les époux les fruits de leur collaboration ou de leur industrie séparée.

Avec cette distinction, on peut se rendre un compte exact de la situation juridique des deux conjoints. Pour plus de clarté, nous allons envisager les effets de notre combinaison successivement sur chacune des quatre catégories de biens existants, c'est-à-dire sur les biens du mari, sur les biens dotaux, sur les biens paraphernaux et sur les biens communs.

SECTION PREMIÈRE.

Biens du mari.

Le contrat de mariage, par lequel les époux se sont soumis au régime dotal avec société d'acquêts,

(1) De Folleville, *Etude sur les clauses de remploi et la Soc. d'acq. sous le régime dotal*, nos 36 et 44.

ne porte aucune atteinte aux droits qui appartenaient au mari sur son patrimoine; il conserve la propriété, l'administration et la disposition de tous ses biens, meubles ou immeubles.

La seule restriction, qui soit apportée à ses pouvoirs, est relative à la jouissance. Il n'a pas le droit de percevoir et de gagner les fruits exclusivement pour son compte personnel; ses revenus tombent dans l'actif social.

Pendant toute la durée de la société d'acquêts, les biens du mari ne se distinguent pas des biens communs vis-à-vis des créanciers. Par conséquent, les créanciers sociaux ont le droit de poursuivre leur paiement sur les biens personnels du mari, et réciproquement le même droit appartient durant le mariage aux créanciers personnels du mari sur les biens communs.

SECTION II.

Biens dotaux.

Le mari conserve, sous le régime qui nous occupe, l'administration de la dot. Il jouit, quant à elle, des pouvoirs étendus que lui confère l'article 1549 : il peut donner à bail, recevoir le remboursement des capitaux, poursuivre seul les débiteurs et détenteurs.

Mais, les biens dotaux subissent, quant à la jouissance, une modification. Tandis que, sous le régime dotal pur, le mari seul a droit aux fruits et profite

exclusivement des économies qu'il réalise sur eux, ces revenus tombent dans le fonds social en vertu de la clause de société d'acquêts. La combinaison de notre article avec les articles 1498 et 1499 d'une part, et l'article 1528 d'autre part, prouve bien qu'il faut appliquer ici le principe général, qu'à moins de stipulations contraires tous les revenus des biens propres des époux tombent sans distinction dans la communauté. — Du reste, s'il résultait, soit d'une clause spéciale du contrat de mariage, soit de l'ensemble de ses dispositions, que la pensée des contractants a été de restreindre leur société d'acquêts aux gains provenant de leur industrie et aux revenus des seuls biens non dotaux, et de laisser ainsi la plénitude de ses effets ordinaires à la constitution dotale, cette convention devrait être respectée, et les revenus communs seraient seulement ceux des biens personnels du mari et les économies réalisées par la femme sur ses paraphernaux (1). Il se produit alors un résultat bizarre : le mari a, dans ce cas, la jouissance exclusive de certains biens de sa femme, des biens dotaux, tandis qu'il n'a même pas celle des siens propres.

La femme demeure propriétaire des biens dotaux, tout aussi bien lorsque le régime dotal est combiné avec une société d'acquêts, que lorsqu'il existe dans toute sa pureté. Cependant, cette règle souffre par-

(1) Marcadé, sur l'art. 1581, n° 3.

fois exception. Lorsque la dot comprend des meubles estimés, ou des immeubles livrés au mari avec la déclaration que l'estimation en vaut vente, la propriété de toutes ces choses, sous l'un et l'autre régime, passe sur la tête du mari, conformément aux articles 1551 et 1552; celui-ci devient débiteur du prix d'évaluation, et la société exerce sur elle son droit de jouissance.

Les biens dotaux conservent leurs caractères essentiels; les immeubles dotaux sont inaliénables et imprescriptibles conformément aux articles 1554 et 1561; quant à la dot mobilière, elle reste aussi dans la même condition que sous le régime dotal simple; tout dépend de l'opinion qu'on adopte sur cette controverse importante : elle est aliénable dans le système admis par la doctrine, tandis qu'elle est frappée également d'inaliénabilité d'après une jurisprudence si bien établie qu'elle a en quelque sorte la valeur d'une loi.

Par suite, ces biens dotaux restent insaisissables (1), et échappent au droit de poursuite des créanciers, envers lesquels la femme, même autorisée du mari, s'est obligée pendant le mariage. — Le principe de l'inaliénabilité doit aussi être maintenu sous notre régime, tel qu'il existe sous la dotalité pure, à l'égard des revenus des immeubles dotaux. Ainsi, les créanciers personnels du mari ne peuvent saisir que la

(1) 9 décembre 1848, Paris, aff. Fitremann (Dall., 1849, 2, 100).

partie de ces revenus excédant les dépenses du ménage; tandis que les créanciers, qui ont pourvu aux besoins de la famille, ont le droit de se payer sur l'intégralité de ces revenus, car cette saisie ne fait qu'en réaliser la destination. Quant aux dettes contractées par la femme, il faut faire une distinction : si elles ont une date certaine antérieure au mariage, elles affectent ceux de ses biens dotaux que l'épouse s'est elle-même constitués (arg. tiré du 4^e alin. de l'art. 1558), et à plus forte raison les revenus de ces biens : mais ces créanciers n'ont aucune action, ni pendant le mariage, ni après sa dissolution, sur les biens qui lui ont été constitués par ses père et mère ou par d'autres personnes. Pour les dettes contractées par la femme pendant le mariage, le paiement ne peut, même après sa dissolution, en être poursuivi, ni sur les immeubles dotaux, ni sur leurs revenus (arg. tiré de l'art. 1554) : sans cela, en effet, le bien dotal serait sans doute conservé à la femme, mais il ne serait plus entre ses mains qu'une valeur morte.

Supposons maintenant que le mari ayant aliéné un immeuble dotal, ait contracté une obligation de garantie; quelle influence aura sur l'action en revendication, dont la femme est investie, la renonciation ou l'acceptation par celle-ci de la société d'acquêts stipulée accessoirement au régime dotal ?

Si la femme renonce, elle a incontestablement le droit de revendiquer son héritage pour le total ; car,

par sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais été commune ; les actes faits par son mari, la vente par lui consentie, l'obligation de garantie qu'il a contractée, ne lui sont pas opposables ; elle y est étrangère.

Si la femme accepte la société d'acquêts, il est un premier cas dans lequel le doute n'est guère possible : c'est lorsque la communauté est dissoute par la séparation de biens principale ou accessoire. La femme est alors incapable de se fermer la voie de la revendication au moyen de son acceptation, puisque sa dot est toujours frappée d'inaliénabilité ; elle conserve donc le droit de revendiquer la totalité de son immeuble dotal, et elle n'a rien à redouter de l'exception de garantie. Seulement, elle est tenue, en sa qualité de commune, de restituer à l'acheteur la moitié du prix par lui versé et de lui payer la moitié des dommages-intérêts. — La question devient extrêmement délicate, lorsque la société d'acquêts est dissoute par le prédécès de l'un des époux. La femme recouvre alors sa pleine et entière capacité, et l'on peut être tenté d'admettre qu'en acceptant la communauté la femme renonce au droit qu'elle avait de critiquer l'aliénation, de même qu'elle y renonce en acceptant purement et simplement la succession de son mari débiteur de la garantie, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal pur et simple. Cependant, nous croyons devoir maintenir ici encore le droit de revendication de la femme dans toute sa plénitude.

Son acceptation, quoique faite dans un temps où le principe de l'inaliénabilité se trouve évanoui, ne pourrait s'opposer au recours contre les tiers détenteurs qu'autant qu'elle serait considérée comme une ratification tacite de l'aliénation ; or, c'est ce qu'il ne nous paraît pas possible de prétendre, car rien, dans l'acceptation de la femme, ne peut manifester l'intention de vouloir approuver la vente du fonds dotal. L'acceptation s'explique par le droit qu'a la femme, aux termes de son contrat de mariage, de prendre part à l'émolument de la société d'acquêts. Faudrait-il pour qu'elle pût exercer ce droit, qu'elle commençât par faire le sacrifice de son fonds dotal ? Mais alors que deviendrait la prohibition d'aliéner la dot, que deviendrait même le pacte d'association aux acquêts inséré dans le traité nuptial, puisque, si la femme voulait profiter de cette association, elle devrait respecter l'aliénation de ses biens dotaux, et que, si elle voulait rentrer dans la propriété de ses biens dotaux, elle serait obligée de renoncer à la société d'acquêts ? Tout en refusant cependant d'attacher une ratification à l'acceptation faite par la femme de la société conjugale, dissoute par la mort du mari, nous devons reconnaître que cette acceptation, comme celle intervenue après une séparation de biens, aura pour effet d'obliger la femme à payer à l'acquéreur la moitié du prix et des dommages-intérêts (1).

(1) Tessier, *De la dot*, t. II, p. 79, texte et note 763. — Piolet p. 191.

SECTION III.

Biens paraphernaux.

En parlant de la composition de l'actif, nous avons admis que la société d'acquêts n'avait droit qu'aux économies réalisées par la femme sur ses paraphernaux. Ce point n'est cependant pas admis sans contestation ; si nous avons à ce moment-là négligé de l'approfondir, c'est qu'il est l'une des faces de la question qui s'agite au sujet de l'administration de ces mêmes biens.

Une très vive controverse s'élève, en effet, sur le point de savoir si la femme, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, perd l'administration de ses paraphernaux, et par suite le droit d'en percevoir les fruits ?

Cette question n'est pas nouvelle (1). Dans les sociétés d'acquêts contractées sur le territoire de la coutume de Bordeaux, la femme perdait la jouissance et l'administration de ses biens extra-dotaux ; au contraire, dans les pays du ressort du Parlement de Bordeaux, régis par le seul droit écrit, la femme conservait l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, sous l'obligation de faire participer son mari aux économies par elle réalisées sur les fruits et revenus de ces biens.

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 85.

Il est impossible de dire avec certitude quelle a été la pensée exacte des rédacteurs de notre Code, en édictant l'art. 1581. Ont-ils entendu maintenir la société d'acquêts telle qu'elle existait dans les pays du ressort du Parlement de Bordeaux régis par le droit écrit? Ont-ils donné la préférence à la société d'acquêts telle qu'elle était pratiquée dans les pays soumis à la coutume de Bordeaux? Les travaux préparatoires ne jettent aucune lumière sur cette question délicate, qui dès lors a fait naître des divergences.

Un *premier système* attribue au mari l'administration des paraphernaux, et en fait tomber les revenus dans la société d'acquêts.

L'art. 1581, dit-il, procède par renvoi aux art. 1498 et 1499. Or, sous le régime de la communauté, même réduite aux acquêts, le mari a toujours l'administration des biens propres de sa femme. Comme ces articles ne font aucune distinction entre les paraphernaux et les autres biens propres, la conséquence inévitable c'est que les fruits et revenus des biens extra-dotaux sont de véritables acquêts qui entrent dans la société, et que ces biens sont soumis à la même administration que tous les autres biens qui la constituent.

Du reste, l'intention des époux a bien été de réserver au mari cette administration. Tout en empruntant au régime dotal son système de protections, ils ont voulu s'assurer un fonds commun qu'ils ont

intérêt à voir le plus riche possible. La gestion des paraphernaux par la femme ne constitue pour elle aucune garantie ; elle n'est pas de l'essence du régime dotal, puisque celle-ci peut, sous ce régime pur et simple, s'en décharger sur le mari par un mandat. Or, la clause de société d'acquêts suppose raisonnablement cette délégation. Diviser la gestion des patrimoines, c'est préparer des conflits, ou tout au moins diminuer des profits qui doivent devenir communs ; au contraire, la confier au mari, c'est centraliser les pouvoirs, c'est assurer à la société l'unité de direction, qui est la meilleure, la seule condition de sa prospérité (1).

Malgré les solides arguments de cette doctrine, nous inclinons à nous prononcer en faveur de la femme, à laquelle le *second système* conserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux.

En effet, la société d'acquêts n'est qu'une modalité, qu'un accident de la stipulation du régime dotal ; l'objet direct et principal du contrat de mariage, c'est précisément l'établissement de ce régime dotal, qui a parmi ses traits caractéristiques cette distinction des biens dotaux dont le mari a l'administration et la jouissance, et des biens paraphernaux dont la femme conserve la jouissance et l'administration. La clause de société d'acquêts ne modifie pas les pou-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 559, n° 252 bis I. — De Folleville, *Etude sur la Soc. d'acq.*, n° 46. — Laurent, t. XXIII, p. 576, n° 591.

voirs du mari sur les biens dotaux ; elle ne doit pas davantage porter atteinte aux droits d'administration de la femme sur ses paraphernaux.

Au reste, la stipulation d'une société d'acquêts sous le régime dotal a pour but de remédier à l'un des vices de ce régime, qui est de ne jamais faire participer la femme à l'accroissement de fortune survenu au mari, alors même qu'il est dû aux économies faites sur les revenus de la dot. Cette clause est donc insérée dans l'intérêt de la femme, et il serait étrange de la retourner contre elle pour lui enlever l'administration de ses paraphernaux et ainsi diminuer son droit.

Pour que la première opinion fût exacte, il faudrait que l'idée de l'administration maritale fût complètement incompatible avec celle de la paraphernalité ; mais cette proposition n'est pas soutenable en présence de l'article 1534 qui, même sous le régime exclusif de communauté, permet à la femme de se réserver le droit de toucher annuellement, sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, bien que ce soit le régime sous lequel l'administration du mari soit la plus étendue. Or, la femme manifeste précisément une volonté semblable, en soumettant les biens extra-dotaux au régime de la paraphernalité, et la convention de société d'acquêts n'a absolument rien qui puisse contredire cette intention.

C'est en vain qu'on essaie de donner pour fonde-

ment au droit du mari les articles 1498 et 1499, auxquels renvoie l'article 1581. Ces articles ne supposent pas que le mari ait nécessairement l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. Tout au contraire, l'article 1498 parle des acquêts faits par les époux, même *séparément*, ce qui ne se conçoit guère que dans le cas où la femme a l'administration et la jouissance de certains biens.

Notre conclusion est donc que, nonobstant la stipulation d'une société d'acquêts, la femme conserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux. Cependant, cette clause ne doit pas demeurer sans effet. Sans doute la femme peut dépenser les revenus de ses paraphernaux, mais elle n'a pas le droit de faire sur ces revenus des bénéfices personnels; si elle les capitalise, si elle réalise des économies sur les fruits qu'elle a perçus, elle est tenue de les mettre en commun, de les verser entre les mains du mari, administrateur de la société d'acquêts (1).

Une jurisprudence constante a consacré cette doctrine (2), et en a tiré des conséquences importantes. Ainsi la Cour de cassation a jugé : — 1° que la femme, après avoir laissé à son mari l'administration et la

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 644, § 541 *bis*. — Odier, t. III, n° 1516. — Bellot des Minières, *Régime dotal et comm. d'acq.*, t. III, n° 2696. — Rodière et Pont, t. III, nos 2034 et 2035. — Piolet, p. 179. — Comparez : Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1864.

(2) 17 novembre 1852, Agen, aff. Montaignac (Sir., 1852, 2, 591; Dall., 1853, 2, 56). — 31 janvier 1866, Riom, aff. de Laval (Sir., 1867, 2, 87; Dall., 1866, 2, 219).

jouissance d'un bien paraphernal, tel qu'une maison habitée par lui, peut obtenir comme conséquence de la gestion qu'elle reprend de ses paraphernaux, que son mari soit tenu de quitter les lieux et d'aller demeurer ailleurs (1); — 2° que la femme a seule le droit de donner à ferme ses biens paraphernaux, et que le bail, par elle consenti, doit prévaloir sur celui qui aurait été fait par son mari (2).

Cette interprétation, donnée à la clause de société d'acquêts, a été également adoptée dans le cas où elle vient s'allier au régime de la séparation de biens. A ce point de vue encore, un arrêt de la Cour de Dijon décide (3), que cette stipulation ne constitue pas, de la part de la femme, une aliénation de ses revenus, mais confère simplement au mari un droit sur les économies, c'est-à-dire sur ce qui reste des revenus après l'acquittement des charges du ménage; et que par suite les créanciers du mari ne peuvent pas saisir les revenus de la femme, surtout ceux qui ne sont pas encore échus, mais seulement les économies réalisées sur ces revenus.

Enfin, dans une espèce spéciale, où la société d'acquêts avait droit, non pas seulement aux économies qui seraient faites sur les revenus des paraphernaux,

(1) 15 juillet 1846, Cass., aff. Dubroca (Sir., 1846, 1, 849; Dall., 1846, 1, 3 6).

(2) 14 novembre 1864, Cass., aff. Grimardias (Sir., 1865, 1, 31; Dall., 1865, 1, 137).

(3) 11 avril 1869, Dijon, aff. Druard (Sir., 1869, 2, 200).

mais à la totalité de ces revenus eux-mêmes, la Cour de Riom avait pensé que c'était à la communauté, et, par suite, au mari qu'il appartenait de percevoir directement les revenus des paraphernaux, ce qui entraînait le droit de louer et d'affermier. Mais, cette doctrine a été condamnée par la Cour suprême qui, en l'absence de conventions contraires, maintient à la femme son pouvoir d'administration exclusive sur ses paraphernaux ; ce pouvoir, en effet, n'a rien d'inconciliable avec l'obligation, pour la femme, de verser dans la caisse de la société d'acquêts les revenus par elle obtenus, pas plus qu'il ne serait en opposition avec le devoir qui lui est incontestablement imposé de faire abandon à la même caisse de simples économies (1).

Le système, que nous avons admis, cesse évidemment d'être applicable lorsque, par son contrat de mariage, la femme a donné à son mari le mandat d'administrer ses paraphernaux sans être tenu de rendre compte, ou encore lorsqu'elle l'en laisse jouir sans opposition, bien qu'elle ne lui ait donné aucune procuration (art. 1577 et 1578). Car dès que la femme consent à laisser à son mari le droit de s'immiscer dans la gestion de ses paraphernaux, elle est censée lui donner l'autorisation d'en percevoir les fruits, en

(1) 13 novembre 1860, Riom. — 14 novembre 1864, Cass., aff. Grimardias, arrêt précité.

sa qualité de chef de la société d'acquêts, et pour cette société qu'elle a elle-même stipulée. Dès lors, tous les fruits, revenus, économies, acquisitions faites par le mari avec les ressources paraphernales, tombent dans la société d'acquêts au fur et à mesure des perceptions et acquisitions.

Mais, quelles sont les limites du mandat ainsi confié au mari? A-t-il le droit d'exercer les actions pétitoires? d'aliéner les meubles extra-dotaux? Sur l'un et l'autre point, nous admettons la négative. L'exercice des actions pétitoires dépasse les bornes ordinaires de l'administration; c'est un pouvoir exceptionnel. La loi ne l'accorde qu'en ce qui concerne la gestion de la dot (art. 1549) : nous le refusons donc, quand il s'agit d'autres biens. — Pour soutenir qu'à l'égard des meubles paraphernaux le mari a un droit d'aliénation, c'est en vain qu'on prétend qu'il peut plaider (art. 1428), et qu'en plaidant mal il lui est loisible de déguiser une aliénation; c'est en vain qu'on invoque encore *a contrario* cet article 1428, qui défend au mari d'aliéner les immeubles. Autre chose est plaider, c'est-à-dire agir en justice avec les garanties de savoir et d'intégrité qu'offre la présence des magistrats; autre chose est aliéner, c'est-à-dire transmettre la propriété par un acte isolé et indépendant. L'article 1428 défend d'aliéner les immeubles, il est muet sur les meubles, et cela par une raison bien simple : sous le régime de la communauté tous les meubles deviennent

communs, de sorte que la question ne peut même pas naître. Dès lors, nous devons rentrer dans le droit commun, qui refuse à tout mandataire le pouvoir d'aliéner (art. 1988) (1).

Envisageons maintenant l'hypothèse où le mari a pris en main la direction du patrimoine extra-dotal malgré l'opposition constatée de sa femme (art. 1579), ou de son consentement mais à la charge de rendre compte (art. 1577). Il est alors, selon nous, comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés. Cette obligation lui est rigoureusement imposée sous le régime dotal pur ; aucune disposition n'existe pour l'en affranchir lorsqu'il y a eu stipulation d'une société d'acquêts ; nous croyons donc devoir la maintenir. Et peu importe que le mari ait ou non versé les revenus extra-dotaux dans la communauté ! S'il a joui malgré sa femme, il était possesseur de mauvaise foi, il prenait la chose d'autrui ; il doit donc restituer tous les fruits qu'il a perçus. Au second cas, le mari doit se conformer aux termes de son mandat, et satisfaire à l'obligation sous laquelle il l'a accepté ; quelle que soit la confiance que la femme a mise en lui, elle désire être éclairée sur l'emploi de ses revenus, elle n'en veut rien perdre ; le mari doit respecter sa volonté.

Dès que le mari administre les paraphernaux, il est responsable de sa gestion. La femme a sur ses

(1) De Folleville, *Étude sur la Soc. d'acq.*, p. 51, n° 46, *in fine*.

biens, à raison des sommes extra-dotales qu'il pourra toucher, une hypothèque légale qui prend rang du jour du mandat : c'est-à-dire du jour du mariage si l'administration lui a été confiée par le contrat de mariage, ou du jour de la procuration s'il en a été investi par un acte postérieur. — A l'égard de son hypothèque pour le prix des paraphernaux aliénés, nous déciderons, par analogie de l'alinéa 3 de l'article 2135-2°, qu'elle prend date du jour de la vente.

Une question se présente ici, qui fait le pendant de celle que nous avons examinée à l'égard des biens dotaux. Que décider si le mari a vendu un héritage paraphernal sans le consentement de sa femme ? Sans entrer dans l'exposé de toutes les controverses que fait naître cette difficulté, nous allons présenter la doctrine qui nous semble préférable.

A notre avis, la femme peut réclamer son bien contre l'acquéreur, alors même que la société d'acquêts dure encore.

Si elle attend la dissolution, deux hypothèses se présentent. Renonce-t-elle à la communauté, l'aliénation étant nulle à son égard, la femme peut revendiquer pour le tout son immeuble paraphernal contre le tiers détenteur. Accepte-t-elle, elle se trouve soumise pour moitié aux obligations de la société d'acquêts ; or, celle-ci est tenue de garantir l'acquéreur contre le dommage que lui fait subir l'éviction ; donc, la femme se trouve soumise pour moitié à cette obligation de garantie, et, par suite, elle ne peut

revendiquer le fonds extra-dotal que pour moitié, en vertu de la maxime : « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

Quant au droit de poursuite des créanciers, ils ne peuvent pas, en principe, l'exercer sur les biens paraphernaux, soit pour les dettes personnelles du mari, soit pour les dettes communes.

SECTION IV.

Biens communs.

Le mari est, par la nature même des choses, le chef de l'association conjugale. La loi lui confère, sous notre régime, l'administration de la société d'acquêts (art. 1528 et 1421 combinés), avec les mêmes droits et les mêmes restrictions que sous la communauté légale. Ainsi, il n'est pas seulement administrateur, puisqu'il n'est pas responsable, et qu'il peut exercer seul les actions possessoires et pétitoires relatives à ces biens, charger de dettes, hypothéquer, vendre, dissiper même les valeurs de la société, sans être tenu d'aucune indemnité envers son épouse (art. 1421) ; mais il n'est pas non plus un maître absolu, puisque certains textes lui refusent le droit de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté et d'une universalité de ses meubles, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, (art. 1422 et 1423).

La gestion des biens de la société d'acquêts est confiée au mari seul. Les époux ne pourraient, même par contrat de mariage, déroger à cette règle, ni en faisant passer l'administration entre les mains de la femme, ni en stipulant que le mari n'aura pas le droit de disposer à titre onéreux des biens communs sans le concours de celle-ci ; car ce sont là des droits qui appartiennent au mari en sa qualité de chef, et auxquels il ne peut être porté aucune atteinte (1). La femme ne participe donc pas à l'administration de la société ; elle est une associée, mais une associée sans droits actuels ; elle est copropriétaire des biens communs, mais pendant la durée de la société, elle n'a l'exercice d'aucun des attributs du droit de propriété ; elle ne peut ni contrôler les actes de son mari, ni y former opposition.

Cependant le mari peut lui donner mandat d'administrer la société ; elle est même censée investie d'une procuration tacite pour toutes les dépenses du ménage ; mais son mandat reste toujours soumis aux règles du droit commun ; la femme oblige son mandant, sans s'obliger personnellement.

Les créanciers de la société d'acquêts ont le droit de poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté et sur ceux du mari. Or, tout immeuble étant réputé acquêt (art. 1402), c'est au mari ou à la

(1) Treilhard, — Locré, t. XIII, p. 166.

femme qu'il incombe de limiter leur action, en prouvant le caractère dotal ou paraphernal de l'immeuble saisi ; aucun mode de preuve n'est ici déterminé par la loi, car l'origine et la transmission des choses immobilières sont toujours constatées, de telle façon qu'il est facile d'en établir la provenance.

Pour les meubles, qui sous notre régime sont réalisés et constituent des propres, ils sont aussi présumés appartenir à la société d'acquêts ; si le contraire existe, les époux sont tenus de le démontrer. Mais, à cet effet, des règles leur sont imposées ; elles s'appliquent également, soit pendant le mariage à l'égard de la femme qui veut soustraire son mobilier à l'action des créanciers du mari ou de la société d'acquêts, soit à la dissolution à l'égard de l'un et de l'autre conjoint qui veut exercer ses reprises.

La consistance du mobilier réclamé comme propre par les époux s'établit, en général, à l'aide d'un inventaire ou état en bonne forme (art. 1499). Cette disposition a soulevé de graves difficultés, et il faut distinguer si la preuve se fait entre époux ou contre les créanciers.

I. — Dans les *rapports des époux l'un à l'égard de l'autre*, une nouvelle distinction est nécessaire entre le mobilier apporté lors de la célébration du mariage et celui qui leur est advenu depuis et pendant la durée de la société d'acquêts.

1° Le mobilier existant lors de la célébration du

mariage doit être constaté par un inventaire ou état en bonne forme (art. 1499) antérieur au mariage (art. 1510).

Toutefois, il faut reconnaître ici que le législateur ne s'est préoccupé que du mobilier corporel et des titres au porteur. La propriété des meubles incorporels se trouve aujourd'hui constatée aussi nettement que celle des immeubles, au cas, par exemple, de titres nominatifs; ceci doit donc avoir la même valeur qu'un inventaire ou état en bonne forme.

Cet état en bonne forme sera, par exemple, un compte de tutelle, l'état estimatif accompagnant une donation d'effets mobiliers, l'acte de partage d'une succession, les constatations du contrat de mariage, ou même la quittance donnée par le mari pour le mobilier qui a été constitué en dot. Mais, ces divers actes doivent être antérieurs au mariage, ou tout au moins porter une date assez rapprochée du mariage. — Nous serions même disposé à nous contenter d'un inventaire ou état sous signature privée, pourvu qu'il eût acquis date certaine avant la célébration du mariage.

Lors donc qu'on peut produire un inventaire ou un état régulier, la plénitude de la preuve existe, et le vœu du législateur est rempli.

Mais, que faut-il décider en l'absence d'état ou d'inventaire? L'article 1499 est-il limitatif? ou en d'autres termes, la preuve par témoins ou par commune renommée est-elle admissible?

Plusieurs opinions se sont formées sur ce point.

Un *premier système* accorde à la femme le droit de prouver par tous les moyens possibles la consistance du mobilier qu'elle possédait lors de la célébration du mariage; mais il refuse cette faveur au mari qui doit faire cette preuve conformément à l'article 1499 (1).

Ecartons tout d'abord cette doctrine; la distinction qu'elle renferme est purement arbitraire, et aucune disposition du Code ne saurait l'autoriser. On ne retrouve plus ici les considérations sur lesquelles reposent les distinctions établies par l'article 1504, en ce qui concerne les moyens de constater l'importance et la valeur du mobilier échu à l'un ou à l'autre des époux durant la société conjugale. Au jour du mariage, la position du mari et celle de la femme sont les mêmes : indépendants l'un de l'autre, et jouissant tous deux d'une entière liberté d'action, ils doivent s'occuper, chacun de leur côté, de faire constater leurs propres; la femme n'est pas plus que le mari dispensée de ce soin; ni son inexpérience ni sa minorité ne l'en affranchissent, parce qu'elle trouve alors des protecteurs dans la personne de ses parents ou de ceux qui les remplacent. Donc, la femme qui néglige de faire procéder à l'inventaire n'est ni plus ni moins excusable que le mari qui se dispense de remplir cette formalité, et, dès lors, la raison et une

(1) Toullier, t. XIII, p. 374, nos 305 à 308.

stricte équité exigent qu'ils soient placés sur la même ligne.

D'après un *second système*, l'article 1499 doit être considéré comme ayant établi une simple présomption, et non pas une présomption *juris et de jure* (1).

On invoque l'ancienne jurisprudence, et notamment la jurisprudence du Parlement de Bordeaux dans le ressort duquel on ne faisait presque jamais d'inventaire. Il y avait même certaines présomptions par lesquelles on suppléait à l'omission de l'inventaire : en général, les meubles étaient censés appartenir à celui des époux dans la maison duquel l'autre était venu s'établir. Si chacun avait son domicile meublé de ses effets avant le mariage, la moitié du total était censée appartenir à chacun des époux. Si aucun d'eux n'avait de domicile meublé, le mobilier entier était présumé acquêt. Mais ces présomptions qui suppléaient au défaut d'état ou d'inventaire, ne servaient de règle aux tribunaux que lorsque l'absence d'inventaire concourait avec l'impossibilité pour les époux de prouver autrement leurs apports et d'en établir la consistance. Or, cette impossibilité n'existait pas dès l'instant que les époux avaient la ressource des témoins ou même de

(1) Malleville, *analyse raisonnée*, t. III, p. 351. — Rodière et Pont, t. II, p. 526, n° 1273. — 17 août 1825, Cass., aff. Baillon (Dall., 1825, 1, 410 ; Sir., 1826, 1, 1). — 24 avril 1849, Cass., aff. Estorgues (Dall., 1849, 1, 247 ; Sir., 1849, 1, 309). — 19 février 1856, Bordeaux, aff. Fargeot (Dall., 1856, 2, 177 ; Sir., 1856, 2, 271).

la commune renommée. Ce mode de preuve devait être préalablement suivi; et il en était ainsi, non pas seulement dans le ressort du Parlement de Bordeaux, mais encore dans les pays de coutumes. C'est ce qu'enseigne Pothier : « Lorsqu'il n'y a aucun acte, dit-il, par lequel on puisse justifier la qualité du mobilier que les conjoints ou l'un des conjoints avaient lors du mariage, on en admet la preuve par commune renommée; on laisse à la discrétion du juge le soin de fixer, par les enquêtes faites sur commune renommée, la quantité de ce mobilier (1). »

La loi nouvelle, dit-on, n'a pas voulu s'écarter de ces solutions équitables, et il n'est pas possible que, plus indifférente que l'ancienne législation au maintien des conventions matrimoniales, elle ait entendu condamner les époux, sur le seul fondement du défaut d'inventaire, à voir demeurer sans effet des clauses loyalement arrêtées entre eux, et dont la preuve testimoniale ou même la commune renommée pourrait assurer la complète réalisation. L'article 1499 a donc posé en principe, à l'égard du mari aussi bien qu'à l'égard de la femme, que faute par l'un ou par l'autre d'avoir fait un inventaire lors du mariage, ou de présenter un état en forme, tout le mobilier serait réputé acquêt, à moins de preuve contraire, laquelle preuve serait faite tant par titres

(1) Pothier, *De la comm.*, n° 300.

que par témoins ou même par commune renommée.

Le *troisième système*, auquel nous nous rallions, soutient que l'art. 1499 est limitatif, et que dès lors la preuve testimoniale ou par commune renommée est également interdite à l'un et l'autre conjoint (1).

Le législateur, en effet, a voulu précisément éviter les contestations et les difficultés qui résultent de ces genres de preuve. Du reste, où conduit le second système ? Il est forcé de refuser au mari le droit de prouver par témoins ou par commune renommée la propriété du mobilier à lui échu pendant le mariage : l'article 1504 impose cette solution ; et il lui accorde ce droit pour le mobilier antérieur au mariage, alors que nul motif plausible ne justifie cette différence. Il se heurte ainsi contre cette alternative : ou de dévoiler son inconséquence, en adoptant pour des cas identiques des solutions contraires ; ou, pour échapper à cette inconséquence, de sortir de la légalité.

Un autre argument peut être invoqué à l'égard de la preuve testimoniale. Celle-ci n'est permise exceptionnellement qu'à ceux qui n'ont pas pu se procurer une preuve écrite ; or, si la femme, pendant le mariage, est dans l'impossibilité de faire inventorier le mobilier qui lui échoit, il est clair qu'avant le mariage aucune impossibilité de ce genre n'existe ni pour la femme ni pour le mari, et que rien ne les

(1) Marcadé, art. 1499, p. 654, n° 3. — Troplong, t. III, n° 1882. — Aubry et Rau, t. V, p. 450, § 522, texte et note 14. — 2 avril 1846, Douai, aff. Testelin (Sjr., 1847, 2, 413; Dall., 1847, 2, 198).

empêche de faire dresser, à défaut d'autre état en bonne forme, l'inventaire exigé par notre article 1499.

2° Quant au mobilier échu aux époux pendant le mariage, on applique par analogie l'article 1504.

La femme est admise à suppléer au défaut d'inventaire par tous les moyens possibles : aveu du mari, papiers domestiques, témoins, commune renommée. Car, en ne faisant point dresser un inventaire des biens advenus à son épouse, le mari a commis une négligence dont celle-ci ne doit pas supporter les conséquences. Placée sous la dépendance de son mari, la femme était de son côté dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite : l'absence de cette preuve ne saurait donc lui être imputée.

Le mari, au contraire, ne jouit pas de ce droit ; la preuve par témoins ou par commune renommée lui est formellement interdite ; il s'est montré négligent, il doit subir les suites de sa faute ; il ne peut justifier de la consistance et de la valeur du mobilier qui lui est échu, que par un inventaire, un état en bonne forme, ou un titre propre à établir ses droits.

— Les héritiers des époux sont, par identité de motifs, soumis aux mêmes règles que leur auteur (1). Cependant, les héritiers réservataires du mari, étant

(1) Marcadé, art. 1499, p. 653, n° 3. — Aubry et Rau, t. V, p. 451, § 522, texte et note 19. — 3 août 1860, Limoges, aff. Belleguy (Sir., 1861, 2, 241 ; Dall., 1861, 2, 48).

Contrà : Rodière et Pont, t. II, n° 1268. — 19 février 1856, Bordeaux, aff. Fargeot (Sir., 1856, 2, 241 ; Dall., 1856, 2, 177).

revêtus par la loi d'un droit qui leur est propre à raison même de leur qualité, peuvent critiquer certains actes qui étaient inattaquables pour le *de cujus*; par suite ils sont admis à prouver par témoins et par commune renommée que l'inventaire a été omis à dessein et dans le but de procurer à la femme un avantage supérieur à la quotité disponible.

II. — Dans les *rapports des époux avec les tiers*, la nécessité d'un inventaire, d'un état en bonne forme, ou du moins d'un titre équivalent, est généralement reconnue. Conformément à l'art. 1510, cet acte doit être antérieur au mariage, pour le mobilier qui appartenait aux conjoints au jour de la célébration de leur union. S'il s'agit du mobilier échu à la femme durant le mariage par succession, legs ou donation, et qu'il n'ait pas été dûment constaté, celle-ci ne pourrait avoir recours à la preuve par témoins ou par commune renommée, pour en établir la consistance vis-à-vis les tiers, même dans le cas où elle se serait réservée ce droit par son contrat de mariage (1). Seulement, si ce mobilier est saisi pendant la communauté par les créanciers du mari ou de la société, la femme pourra invoquer contre son mari la disposition de l'art. 1504 et obtenir la réparation du pré-

(1) En ce sens : 6 mai 1836, Poitiers, aff. Martineau (Sir., 1836, 2, 472; Dall., 1837, 2, 128). — 14 août 1872, Dijon, aff. Violette (Sir., 1872, 2, 132; Dall., 1873, 2, 166).

Contrà : 12 décembre 1868, Poitiers, aff. Cadis (Sir., 1870, 2, 43; Dall., 1869, 2, 203).

judice qu'elle a souffert par sa négligence, puisqu'il était tenu de procéder à l'inventaire.

APPENDICE.

RÈGLES SPÉCIALES AU CAS D'ABSENCE.

L'un des époux a disparu du domicile conjugal; nul ne peut donner de ses nouvelles. Existe-t-il toujours ? est-il décédé ? on l'ignore. Sa vie n'est pas prouvée; sa mort, pas davantage.

Quel sera, en ce qui concerne ses conventions matrimoniales, telles que nous les supposons établies avec régime dotal et société d'acquêts, l'effet de cette position problématique, de cet état équivoque ?

Cette question est complexe ; nous devons, pour y répondre, envisager successivement les trois périodes de présomption d'absence, de déclaration d'absence, et d'envoi en possession définitif, en supposant tour à tour la disparition du mari et celle de la femme.

PREMIÈRE PÉRIODE. — *Présomption d'absence.*

Le caractère de cette période, c'est le maintien du *statu quo*. La loi n'autorise que les mesures exigées par la nécessité, des mesures, autant que possible, seulement conservatoires et provisoires (art. 112, C. c.); le contrat de mariage continue à produire tous ses effets.

I. — *Si c'est la femme qui est présumée absente*, le mari exerce sur les biens dotaux et sur les biens de la société d'acquêts les pouvoirs qu'il tient des conventions matrimoniales et de la loi ; il n'a besoin de s'adresser à la justice que pour les actes qui excéderaient les bornes de ses pouvoirs (art. 112).

Quant aux paraphernaux, dont la femme, dans notre opinion, conserve la jouissance et l'administration, le mari ne peut prendre aucune mesure, même conservatoire, sans avoir obtenu l'autorisation du tribunal (art. 112).

II. — *Si c'est le mari qui est en état de présomption d'absence*, la femme conserve sans aucun doute la jouissance et l'administration de ses paraphernaux. Mais il faut pourvoir à l'administration des biens dotaux, des biens de la société d'acquêts et des biens personnels du mari ; nul n'a qualité pour s'en charger, si le mari n'a pas laissé de mandataire ; c'est à la justice qu'il appartient de prononcer, et, dans la plupart des cas, elle confiera tout naturellement cette administration à la femme (1).

DEUXIÈME PÉRIODE. — *Déclaration d'absence.*

Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal pur et simple, toutes choses, après le jugement

(1) Demolombe, t. II, p. 361, n° 271. — Bellot des Minières, *Régime dotal et comm. d'acq.*, t. IV, nos 3106 et 3109.

qui prononce la déclaration d'absence, doivent être mises provisoirement dans l'état où elles se trouveraient définitivement si l'absent était décédé au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ; en d'autres termes, le mariage est réputé dissous, et les héritiers présomptifs de l'absent, ses légataires et tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent les exercer et se faire envoyer en possession provisoire. — Lors, au contraire, que les époux sont communs en biens, l'article 124 permet à celui qui est présent, en optant pour la continuation de la communauté, « d'empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et de prendre ou de conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. »

En présence de ces principes divers, que faut-il décider, lorsqu'une société d'acquêts vient se mélanger au régime dotal ? Faut-il maintenir à chacun d'eux sa sphère d'application ? Faut-il, au contraire, faire exclusivement prédominer l'un ou l'autre, et dans ce cas auquel donner la préférence ?

Toutes ces solutions ont eu leurs partisans.

Un *premier système* enseigne que, quand il n'y a pas communauté pure et simple, communauté parfaite, communauté légale enfin, l'époux présent n'a aucun droit d'option et ne peut empêcher en rien l'effet de la déclaration d'absence.

Cette doctrine est généralement rejetée. Elle ne

tient aucun compte, en effet, de la généralité des expressions employées par l'art. 124, qui parle sans distinction de « l'époux commun en biens ».

Un *deuxième système* propose une distinction. La règle ordinaire s'applique aux biens personnels de l'époux absent ; au contraire, la disposition de l'article 124 est observée à l'égard des biens de la société d'acquêts (1). Par suite, si c'est la femme qui a été déclarée absente, ses héritiers ou successeurs peuvent se faire mettre en possession provisoire de ses biens dotaux et paraphernaux, tandis que le mari, qui a opté pour la continuation de la communauté, reste le chef des biens composant la masse commune. A l'inverse, si la déclaration d'absence frappe le mari, ses biens personnels sont confiés à ses héritiers, et la femme, conservant ses pouvoirs sur ses paraphernaux, prend en mains l'administration de ses biens dotaux et de ses biens communs.

En effet, dit-on, les époux ne sont alors ni dotaux seulement, ni communs seulement. Ils sont dotaux et communs en même temps ; dotaux pour tels biens, et pour tels autres communs ; il faut donc leur appliquer, pour tels biens les avantages et les désavantages de la communauté, et pour tels autres les droits et les devoirs du régime dotal. L'esprit et le le texte de l'article 124 accordent le bénéfice, qui

(1) Marcadé, t. I, sur l'art. 124, p. 291, n° XV.

nous occupe, à l'époux commun en biens ; donc, c'est toujours et c'est seulement dans les limites, dans lesquelles il est commun en bien, que l'époux présent doit jouir de ce bénéfice. Il ne peut être question de la continuation provisoire de la communauté quant à des biens pour lesquels la communauté n'existe pas.

Le *troisième système* nous semble préférable. Il confère à l'époux présent l'administration, non-seulement des biens communs, mais encore de tous les biens personnels de l'absent (1).

Ainsi, la femme présente qui, régulièrement autorisée par la justice, a opté pour la continuation de la communauté, conserve ses pouvoirs sur ses paraphernaux, et prend l'administration de ses biens dotaux, des biens communs et des biens personnels du mari.— La femme est-elle absente, le mari garde tous ses droits sur les biens communs, il conserve l'administration des biens dotaux, et il prend l'administration des paraphernaux.

La seconde opinion invoque le texte et l'esprit de l'art. 124 qui, soutient-elle, n'accorde qu'à l'époux commun en biens la faculté de paralyser l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent ; qui ne l'accorde qu'à l'époux commun en biens, et dès lors, seulement à l'égard des biens de la com-

(1) Demolombe, t. II, p. 373, n° 277, — Bellot des Minières, *Régime dotal et comm. d'acq.*, t. IV, p. 171, nos 3116 et 3117.

munauté, des biens auxquels seuls peut s'appliquer la continuation de communauté qu'il autorise.

Observons tout d'abord que, si l'argument était juste et fondé, il devrait également conduire à refuser à l'époux présent, au cas de communauté légale, l'administration des biens personnels de son conjoint absent; quant à eux aussi, il serait vrai de dire qu'ils ne sont pas des biens de communauté, des biens susceptibles de faire l'objet d'une continuation de communauté.

Du reste, le texte et l'esprit de la loi ne favorisent-ils pas plutôt notre doctrine?

Le texte! L'art. 124 parle de *tous les droits* sans distinction, et des *biens de l'absent* sans distinction. Et les mêmes mots, l'art. 129 les reproduit encore, en supposant très-explicitement que ce n'est qu'à l'époque de l'envoi définitif que les ayants-droit pourront demander le partage des *biens* de l'absent. En face de dispositions si précises, nous ne pouvons croire qu'il soit possible d'accorder aucun envoi en possession provisoire au préjudice de l'époux présent.

L'esprit de la loi nous paraît, d'ailleurs, ici très conforme à la lettre. L'un des motifs de cet art. 124 est précisément d'empêcher le morcellement de la fortune de l'absent en autant de mains différentes qu'il pourrait y avoir d'envoyés provisoires, et de concentrer ainsi le gouvernement de sa fortune entre les mains d'un seul comptable. Il nous semble, du reste, raisonnable de confier aussi à l'époux présent

l'administration des autres biens de son conjoint, puisque la présomption qui domine alors est la présomption d'existence.

Quant aux droits de l'époux présent sur les biens personnels de son conjoint, ils sont alors les mêmes que ceux qui appartiendraient à un envoyé en possession provisoire ; et il en est ainsi, à l'égard de la femme, même pour les biens de la communauté (art. 125 à 128).

— Nous avons supposé jusqu'ici que l'époux présent opte pour la continuation de la communauté. Le contraire peut arriver ; il peut en demander la dissolution, ou même, après avoir opté pour la continuation, rétracter son opinion. La société d'acquêts est alors dissoute provisoirement, et elle est partagée suivant son état à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent.

Est-ce le mari présent, qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté, il a le droit d'aliéner non-seulement ses biens personnels, mais encore les biens qui forment sa part dans la société d'acquêts ; sauf à rendre compte aux héritiers de la femme, à raison des aliénations qu'il aurait consenties depuis la dissolution réelle de la communauté par la mort prouvée de celle-ci.

Est-ce la femme qui, étant présente, a demandé cette dissolution, elle se trouve, sauf en ce qui concerne ses biens personnels, dans la même position que les envoyés en possession provisoire.

TROISIÈME PÉRIODE. — *Envoi en possession définitif.*

Une fois cette période arrivée, aucun obstacle résultant des conventions matrimoniales ne peut désormais arrêter le libre cours des envois en possession définitifs (art. 129). La dissolution de la communauté elle-même s'opère définitivement ; on liquide et on partage la société d'acquêts comme si l'absent était mort à la date de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Mais, ce résultat se produit en fait plutôt qu'en droit ; car si on acquiert la preuve de l'existence de l'absent, la communauté est censée n'avoir jamais été dissoute ; et si on acquiert la preuve de son décès, la communauté aura continué à subsister jusqu'à cette époque, et elle devra être partagée suivant son état à la date de ce décès.

CHAPITRE IV.

DE LA DISSOLUTION.

Les causes qui mettent fin à la société d'acquêts donnent également lieu à la restitution de la dot ; ce sont la mort de l'un des époux, et la séparation de biens principale ou accessoire (art. 1441 et 1563).

Lorsque le mariage s'est dissous par le décès de l'un des conjoints, le survivant est tenu de faire dans le délai de trois mois un inventaire loyal et fidèle. A défaut de prorogation accordée par le juge, ce délai est fatal, et le défaut d'inventaire entraîne les pénalités édictées par l'article 1442 : toutes les parties intéressées sont alors admises à faire preuve contre le survivant de la consistance et de la valeur des biens et effets communs, tant par titres que par témoins et même par la commune renommée ; s'il existe des enfants mineurs, l'époux négligent est déchu de plein droit de la jouissance légale de tous leurs biens ; enfin le subrogé-tuteur qui n'a pas obligé le survivant à faire inventaire est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées en faveur des mineurs. — En tous cas ce défaut d'inventaire n'a jamais pour conséquence la continuation de la communauté. L'article 1442, qui est formel, a rompu sur ce point avec la tradition cou-

tumière (1), mais il se trouve en parfaite harmonie avec les usages des pays de droit écrit où les sociétés d'acquêts étaient en vigueur. Ainsi il a été attesté, les 17 juin 1672, 4 janvier 1693, 26 août 1698, que dans les pays du ressort du Parlement de Bordeaux « la société stipulée entre futurs conjoints de tous biens acquêts et conquêts, meubles et immeubles, finit par le décès de l'un des conjoints, et n'est pas continuée entre le survivant et les enfants issus du mariage, quoique le survivant n'ait pas fait inventaire, ou que celui qu'il pourrait avoir fait fût défectueux, et qu'on l'accuse d'avoir diverti ou recelé partie des effets de la succession du prédécédé (2). »

Au cas de séparation de biens, prononcée soit directement, soit comme conséquence d'une séparation de corps, les articles 1443 à 1452 sont applicables à notre matière, pour laquelle il n'y a point de dérogation spéciale.

La dissolution, quelle qu'en soit la cause, ouvre pour la femme ou ses héritiers un droit d'option : elle peut, à son choix, accepter la société ou la répudier. Les dispositions du Code civil, concernant la communauté légale, sont applicables, soit quant au partage après acceptation, soit quant à la renonciation et à ses effets (3).

(1) Coutume de Paris, art. 240 et 241.

(2) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 169.

(3) 8 mai 1855, Cass., aff. Moinet (Sir., 1855, 1, 530).

Dès que la société est dissoute, il y a toujours pour les deux époux une obligation à remplir, celle de rapporter à la masse tout ce dont ils sont débiteurs envers la société à titre de récompense ou d'indemnité (art. 1468 et 1469); et un droit à exercer, celui de reprendre par prélèvement ce qui n'est point tombé en communauté.

Ces prélèvements ont un double objet (art. 1470) : — 1^o les propres des époux s'ils existent en nature, ou les biens acquis en remploi; — 2^o les indemnités ou récompenses qui sont dûes aux conjoints par la société d'acquêts.

A l'égard des biens de la première catégorie, nous appliquerons au mari ou à ses héritiers les règles de la communauté légale (art. 1472) : il reprendra ses biens personnels en qualité de propriétaire, pourvu bien entendu que la société d'acquêts puisse y suffire. — Quant à la femme, il s'agit ici de la restitution de sa dot; nous observerons donc les articles 1564 et 1565, et nous continuerons à imposer directement au mari la charge de restituer : immédiatement, si la dot consiste en immeubles ou en meubles restés propres à la femme; dans le délai d'un an, pour les choses fongibles ou qui à la suite d'une estimation sont devenues sa propriété. On pourrait objecter, il est vrai, que la restitution est due sous le régime dotal combiné avec la société d'acquêts, non pas par le mari spécialement, mais par la masse commune; et que dès lors les règles de la

communauté devraient être appliquées, et la restitution de la dot être effectuée immédiatement et sans aucun délai ! A cela nous répondrons par un argument qui nous semble tout à fait concluant : sous le régime mixte dont nous nous occupons, où le régime dotal forme la base de l'association conjugale, tandis que la société d'acquêts n'est qu'accessoire, le mari est directement responsable de la dot ; il est personnellement débiteur des choses, qui par leur nature ou par la suite d'une estimation n'ont pas été conservées à la femme en pleine propriété ; or il s'agit ici de restituer une dot, qui avait continué à être régie par les principes de la dotalité ; donc il faut, au moment de la dissolution, appliquer les règles spéciales au régime dotal. D'ailleurs, il n'y a rien que de très rationnel dans la distinction faite par les articles 1564 et 1565 ; le mari, étant devenu propriétaire des choses fongibles ou assimilées à elles, en a très probablement disposé ; il a pu les consacrer à des achats ou à des placements divers ; l'évènement qui a mis fin à la communauté, a pu le surprendre, arriver à un moment où la société d'acquêts est également dépourvue de deniers suffisants, pour qu'il puisse se libérer envers la femme ou ses héritiers, en puisant dans sa part de communauté les sommes nécessaires. L'obliger à une restitution brusque, immédiate, ce serait le contraindre à aliéner des immeubles, ou à les donner en paiement ; mais il peut tenir à ses héritages, il peut avoir un intérêt sérieux à les conser-

ver ; il est donc équitable de lui accorder un certain délai pour opérer des remboursements, ou se procurer des équivalents afin d'effectuer la restitution de la dot, sans être forcé d'agir avec une précipitation, qui lui causerait le plus souvent un véritable préjudice. — Mais aussi, par une juste compensation, il sera tenu de plein droit de servir les intérêts de la dot qu'il n'a pas remboursée.

Nous n'avons pas à revenir sur les difficultés qui existent pour la preuve des apports, et nous arrivons de suite au second chef de prélèvements, qui ne saurait nous arrêter longtemps. C'est un simple renvoi à faire aux règles de la communauté légale (art. 1433 et 1473) : au point de vue des récompenses, auxquelles il a droit contre la société d'acquêts, chacun des époux n'a d'autre titre que celui d'un simple créancier. Cette solution n'a cependant pas été de tout temps admise : une controverse célèbre s'est élevée sur la nature des reprises de la femme : tandis que la majorité des auteurs, fidèle aux traditions, soutenait qu'elle n'avait ici d'autre droit qu'un droit de créance (1), la jurisprudence décidait au contraire qu'elle exerçait ses reprises à titre de propriétaire (2). Aujourd'hui, les vrais prin-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 293, n° 132 bis V à 133. — Aubry et Rau, t. V, p. 363, § 511, texte et note 28. — Rodière et Pont, t. II, nos 1083 à 1092.

(2) 1^{er} août 1848, Cass., aff. Duhoullay (Dall., 1848, 1, 189; Sir., 1848, 1, 727). — 28 mars 1849, Cass., aff. Savary (Dall.,

cipes ont repris leur empire; la Cour de cassation, dans un arrêt rendu toutes chambres réunies (1), a décidé que la femme était ici simplement créancière, et elle a fait cesser toute divergence, en se ralliant depuis cette époque au système que préconisait la doctrine.

SECTION PREMIÈRE.

De la renonciation.

La renonciation est un secours, un privilège accordé à la femme ou à ses héritiers pour contrebalancer les pouvoirs absolus du mari, et pour empêcher que l'épouse, restée forcément étrangère à la gestion des affaires sociales, ne soit responsable des suites de cette administration. — Toutefois, cette faveur, en cas de prédécès du mari, est subordonnée à l'observation des art. 1456 à 1460 : ainsi, le défaut d'inventaire dans les trois mois, sauf le cas de prorogation prévu par l'art. 174 du Code de procédure civile, entraînerait, en principe, la déchéance du droit de renoncer (2). Autrefois, dans les pays de

1849, 1, 97; Sir., 1849, 1, 353). — 23 février 1853, Cass., aff. Mizelle (Dall., 1853, 1, 44; Sir., 1853, 1, 373). — 20 mai 1854, Cass., aff. Varroy (Dall., 1854, 1, 249; Sir., 1854, 1, 386). — 10 juillet 1855, Cass., aff. de l'Enregistrement (Dall., 1855, 1, 251).

(1) 16 janvier 1858, Cass., aff. Moinet (Dal., 1858, 1, 5; Sir., 1858, 1, 10). — 23 août 1859, Cass., aff. Chamozzi et aff. Froment (Dall., 1859, 1, 350; Sir., 1860, 1, 39).

(2) 19 juin 1835, Limoges, aff. Pauty (Dall., 1835, 2, 169; Sir., 1835, 2, 465).

droit écrit, la femme mariée en société d'acquêts n'était point soumise à cette règle; dans le ressort du Parlement de Bordeaux notamment, elle pouvait renoncer pendant trente ans à la société d'acquêts, sous la condition seulement de fournir un état affirmé par elle et de rendre compte des biens (1).

A l'égard des héritiers de la femme, il faut se conformer aux dispositions édictées par les art. 1461 et 1466.

Par la renonciation de la femme ou de ses héritiers à la société, tous les acquêts sont censés, par un effet rétroactif, avoir toujours appartenu au mari, de telle sorte que s'il a disposé par testament de la totalité des acquêts, le légataire a droit de les prendre tous au préjudice de ses héritiers.

D'autre part, la femme ou ses héritiers deviennent par leur renonciation étrangers à la communauté. Ils ne sont donc aucunement tenus à l'égard du mari ou de ses représentants de contribuer au paiement des dettes communes, alors même qu'elles procéderaient du chef de la femme, à l'exception cependant de celles qui ne seraient tombées dans la communauté que sauf récompense et à raison desquelles il y aurait eu lieu à indemnité en cas d'acceptation. Pour le même motif, ils sont dégagés à l'égard des créanciers de la société du paiement des dettes à l'oc-

(1) Merlin, *Questions de droit*, v^o *Soc. d'acq.*, § 1. — Tessier, *Soc. d'acq.*, n^o 181. — 22 ventôse, an IX, Cass., aff. Lagarelle (Sir., t. 1, p. 437).

casion desquelles ils ne pourraient être poursuivis qu'en qualité d'associés (art. 1494) ; mais ils restent tenus de toutes celles auxquelles la femme est personnellement obligée, c'est-à-dire de ses dettes antérieures au mariage, de celles qui grevaient les successions à elle échues, et de celles qu'elle a contractées avec l'autorisation de son mari ou de justice.

La femme renonçante poursuit contre son mari le paiement des récompenses ou indemnités qui lui étaient dûes par la société. Elle ne peut prétendre à aucun droit sur les biens de la communauté ; elle retire seulement les linges et hardes à son usage, « *mulier non debet abire nuda.* »

La renonciation, une fois faite, est irrévocable en principe. Cependant la femme mineure peut la faire annuler, si les formes prescrites par la loi (art. 461 et 484, C. c.) n'ont pas été observées ; ou si, même majeure, elle a été victime de dol ou de violence. Les créanciers de la femme peuvent aussi attaquer sa renonciation, quand elle a eu lieu en fraude de leurs droits (art. 1464) ; mais le bénéfice de l'action paulienne ne profite qu'à eux seuls ; la renonciation continue de subsister et de produire ses effets à l'égard de la femme.

SECTION II.

De l'acceptation.

Au lieu de renoncer à la société d'acquêts, la femme ou ses héritiers peuvent l'accepter (art. 1453).

L'acceptation, soit expresse, soit tacite (art. 1454, 1455 et 1460), fixe d'une manière irrévocable la position des parties : la femme ne peut plus répudier la communauté, après l'avoir acceptée, sauf dans les mêmes hypothèses que celles où elle pourrait revenir sur sa renonciation.

Par l'acceptation, la femme ou ses représentants se trouvent saisis d'un droit égal à celui du mari sur l'actif social. La masse formée, on procède au partage et à la liquidation.

§ 1^{er}. — *Partage de l'actif.*

A moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'actif de la société d'acquêts se divise par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent, sauf l'application de l'article 1477 en cas de recel ou de divertissement.

Au surplus, il nous suffit de renvoyer ici aux règles établies au titre des successions, car le partage de la société d'acquêts s'effectue d'après les mêmes principes que celui de la communauté légale (article 1476) pour tout ce qui concerne ses formes, ses effets, la garantie qui en résulte et le paiement des soultes.

— Les biens qui adviennent à la femme par le partage de la société d'acquêts après dissolution de celle-ci par le décès de l'un des époux ou par séparation de corps ou de biens doivent-ils être considérés

comme dotaux à la femme, et par suite inaliénables ?

Cette question se présente au cas d'un contrat de mariage stipulant le régime dotal, une constitution en dot de tous biens présents et à venir, et une société d'acquêts. — Si en effet la femme s'est seulement constitué en dot ses biens présents, la dotalité ne frappe pas ses biens à venir et ne peut par conséquent atteindre les biens acquis pendant la société d'acquêts et avec les bénéfices de cette société.

Au cas de constitution en dot de tous biens présents et à venir, on peut être impressionné par la généralité de cette clause, et dire que pendant la durée de la société d'acquêts le mari a sur les biens qui la composent les droits les plus étendus ; que, quand sont arrivés la dissolution et le partage de cette société, les biens en dépendant, qui sont attribués à la femme par le partage, sont censés être devenus sa propriété dès le jour de l'acquisition qui en a été faite par le mari ou par les deux époux, et tombent par suite sous l'application de la constitution en dot de tous biens présents et à venir (1).

Toutefois, nous croyons devoir adopter l'opinion contraire.

En effet, la stipulation d'une société d'acquêts est une importante modification à la constitution du régime dotal, qui ne faisait jamais profiter la femme de l'accroissement de fortune survenant au mari,

(1) Tessier, *De la dot*, t. I. n° 47-2°, et note 373, p. 210.

même quand cet état prospère était dû aux revenus de la dot ou aux travaux de la femme; c'est un emprunt au régime de la communauté, et l'article 1581 porte que « les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. » Ce sont donc, d'une manière générale, tous les effets de cette société qui sont déterminés par les règles de la communauté d'acquêts, soit quant à la jouissance et à l'administration, soit quant à l'aliénabilité. — En le décidant ainsi, on ne diminue pas d'ailleurs l'efficacité du régime dotal, en tant qu'il a pour but de conserver les biens de la femme, car les éléments qui concourent à l'acquisition des biens dépendant de la société d'acquêts n'auraient jamais rien fait acquérir à la femme sous le régime dotal seul; les revenus et l'industrie des deux époux auraient profité uniquement au mari et n'auraient rien fait entrer dans les biens à venir de la femme frappés de dotalité. Il est donc simple et logique que ce qui adviendra à la femme au moyen de la société d'acquêts, empruntée au régime de la communauté, que ce qui ne lui serait pas advenu sans cela, soit entièrement soumis aux règles de la communauté.

Il est du reste à remarquer que si la femme, en adoptant le régime dotal, s'est seulement constitué ses biens présents, tous ses autres biens sont paraphernaux (art. 1574), et la femme en a l'administration et la jouissance (art. 1576). Si la femme a stipulé en outre une société d'acquêts, les biens qui en dé-

pendront formeront une troisième catégorie de biens ne rentrant ni dans les biens dotaux restreints aux biens présents, ni dans les biens paraphernaux dont la femme conserve la jouissance et l'administration; ils se distingueront des biens dotaux par leur aliénabilité, des biens paraphernaux par la jouissance et l'administration du mari; ils auront, en un mot, leur nature propre, tenant au régime de la communauté auquel a été empruntée la société d'acquêts. A la dissolution de cette société, la femme prend sa part des acquêts comme commune, et cette part reste en ses mains soumise aux règles de la communauté. — S'il en est ainsi au cas où la constitution en dot embrasse seulement les biens présents, il doit en être de même quand la constitution de tous biens présents et à venir a empêché la présence de biens paraphernaux; l'existence de biens appartenant à la femme à titre de commune, se comprend aussi bien en présence de la dotalité de tous biens présents et à venir, que si, la dotalité étant restreinte aux biens présents, tous les autres biens advenant à la femme d'une autre source que de la société d'acquêts lui étaient paraphernaux.

Enfin, une théorie contraire aurait l'inconvénient d'amener dans le caractère des biens dont s'agit des modifications successives peu compatibles avec l'immutabilité des conventions matrimoniales. Ils seraient d'abord acquêts, ils deviendraient dotaux à la femme par l'attribution que lui en ferait le partage de

la société; et, au cas où la société d'acquêts, dissoute par une séparation de corps ou de biens seulement, viendrait à être rétablie par un acte notarié, en minute et affiché, conformément à l'article 1451, les choses étant remises au même état qu'avant la séparation, les immeubles en question redeviendraient acquêts; il y aurait une dotalité intermittente. Ces considérations s'ajoutent aux arguments tirés du texte de l'article 1381 et des principes, pour justifier la solution à laquelle nous nous sommes rangé (1) et qui a été consacrée par la jurisprudence (2).

Il y a encore à s'occuper du caractère de l'immeuble acquis par la femme durant le mariage, mais après séparation de corps ou de biens.

Si la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, de manière qu'il ne puisse y avoir de paraphernaux, et en stipulant une société d'acquêts, quel sera le caractère de l'immeuble par elle acquis depuis la séparation, en supposant bien entendu qu'il n'ait pas été acquis en remploi d'un bien dotal ? — La Cour de Rouen a statué sur cette question (3), dans une espèce où une femme séparée de biens avait acquis d'un oncle, moyennant le ser-

(1) Odier, t. III, n° 1513. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1910. — De Folleville, *Soc. d'acq.*, n° 48.

(2) 25 juin 1844, Rouen, aff. Bourgeois (Sir., 1844, 2, 665). — 29 juin 1847, Cass., rejet, aff. Bourgeois (Sir., 1847, 1, 606; Dall., 1847, 1, 295).

(3) 17 février 1877, Rouen, aff. Delétain (Sir., 1878, 2, 254; Dall., 1878, 2, 41).

vice d'une rente viagère, des deniers avec lesquels elle avait acheté un immeuble; elle avait ensuite vendu cet immeuble, délégué le prix à des créanciers dont l'arrêliste n'indique pas l'origine, puis demandé la nullité des paiements faits par les acquéreurs à ces créanciers, en se fondant sur ce que les deniers délégués étaient dotaux et par suite inaliénables.

La Cour a décidé que la femme, en stipulant une société d'acquêts, avait eu la volonté de ne faire entrer dans la constitution de dot même de tous biens présents et à venir que les biens qui lui adviendraient à titre gratuit, dès lors par succession, donation, legs, ou autrement; que, par conséquent, elle en avait exclu ceux dont elle deviendrait propriétaire à titre onéreux; que l'effet de cette volonté survivait à la dissolution de la société d'acquêts pendant le mariage, d'autant mieux que cette société pourrait être rétablie en vertu de l'art 1451 et engloberait alors les biens acquis par la femme depuis la séparation; qu'il était difficile d'admettre pendant la séparation la dotalité d'un bien qui se trouverait acquêt si la société venait à être rétablie; qu'enfin le régime dotal, régime de conservation plutôt que d'acquisition, devait, dans le doute, être interprété restrictivement; et, par ces motifs, la Cour a repoussé la prétention de la femme.

Cet arrêt a été rendu après partage et contre les conclusions de l'avocat général; l'un des arrêlistes l'approuve, l'autre fait des observations critiques.

Cette division des opinions prouve la difficulté de la question. — Néanmoins, nous croyons devoir nous ranger à la solution de l'arrêt. La stipulation d'une société d'acquêts restreint l'étendue de la constitution en dot de tous biens présents et à venir, nous ne dirons pas, d'une manière absolue, à ceux provenant d'un titre gratuit, car nous avons vu qu'il y a des biens, comme les lots qui peuvent être gagnés par certaines valeurs de bourse, les primes de remboursement de certaines obligations de chemins de fer et autres, qui seraient dotaux comme accessoires de valeurs dotales, sans que leur acquisition se rattachât précisément à un titre gratuit; mais elle la restreint aux causes qui sont une source de biens dotaux en l'absence d'une société d'acquêts, et les biens acquis au moyen d'éléments qui feraient entrer lesdits biens dans la société d'acquêts resteront en dehors de la constitution dotale. La jurisprudence bien établie de la Cour de cassation décide en effet que la séparation de biens ne fait que substituer l'administration de la femme à celle du mari, sans modifier le caractère et la condition des biens, notamment des biens dotaux qui demeurent inaliénables. Et, par application en sens inverse du principe ainsi admis, les biens acquis par la femme, qui seraient entrés dans la société d'acquêts, doivent, lorsque l'acquisition a lieu après séparation de corps ou de biens, rester dans la même situation qu'ils auraient eue, en dehors de la dotalité, administrés

par la femme au lieu du mari, mais tout prêts à tomber dans la société d'acquêts si elle vient à être rétablie.

§ 2. — *Liquidation du passif.*

En vertu de la maxime « *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* », le passif se partage également entre chacun des époux.

Les dettes contractées par le mari deviennent ainsi opposables à l'épouse. Mais devront-elles avoir date certaine avant la dissolution du mariage?

Il a été jugé que la société d'acquêts n'était pas tenue des billets sous-seing privé souscrits par le mari, et n'ayant aucune tixité de date avant la dissolution de la société (1). Décider, en effet, que le paiement en est dû par la femme ou ses représentants, ne serait-ce pas admettre que le mari a la faculté d'anéantir, par des obligations simulées, l'actif entier de la communauté, et cela, après la dissolution de l'association conjugale et à une époque où il n'est revêtu d'aucun titre pour obliger sa femme? Ne serait-ce pas arriver à ne laisser à la femme ou à ses héritiers qu'un droit, le plus souvent illusoire, d'établir des fraudes exercées à son insu?

(1) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 30 août 1810, rapporté par Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 222.

Nous n'adoptons cependant pas cette doctrine qui, pour protéger les femmes contre des fraudes, pourrait frapper sur des maris de bonne foi et servir à dépouiller des créanciers légitimes. Selon nous, du moment où la femme a accepté, elle est définitivement associée et commune, en sorte qu'elle est censée avoir concouru à tous les actes passés par son mari, comme si elle y avait personnellement figuré; elle est donc partie à l'acte puisqu'elle y a été représentée par son mandataire, et l'acte fait foi de sa date vis-à-vis d'elle (art. 1322, C. c.). Seulement, elle est investie du droit de prouver l'antidate et de démontrer que la dette, ne grevant pas la société, ne peut être poursuivie contre elle, car « *fraus omnia corrumpit* » (1).

— Les règles relatives à la manière dont les époux sont tenus du paiement des dettes, varient sous notre régime, comme sous celui de la communauté légale, selon qu'on envisage leur position à l'égard des créanciers, ou à l'égard l'un de l'autre. Nous n'avons point à les exposer ici, il nous suffit de renvoyer aux articles 1482 à 1492 et aux développements que nous avons présentés en nous occupant de la composition du passif social (ch. II, sect. II).

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1726. — Rodière et Pont, t. II, n° 830. — 13 mars 1854, Cass., aff. Caurette (Sir., 1854, I, 529; Dall., 1854, I, 100). — 25 juillet 1868, Nancy, aff. Grandidier (Sir., 1869, 2, 86). — 16 janvier 1878, Bordeaux, aff. Rulleau (Sir., 1878, 2, 252).

Le bénéfice d'émolument appartient aussi à la femme sous le régime dotal mélangé d'une société d'acquêts. Elle peut s'en prévaloir à l'encontre du mari ou de ses représentants pour toutes les dettes sociales sans distinction, même pour celles qu'elle aurait contractées soit seule, soit conjointement, soit solidairement avec son mari (art. 1483); mais elle ne peut l'invoquer à l'égard des créanciers de la société que pour les dettes dont elle est seulement tenue en qualité de commune.

Ce privilège est subordonné à la confection d'un inventaire exact et fidèle ; si la femme n'a pas rempli cette formalité, elle est tenue *ultra vires* de la moitié des dettes de la communauté mise à sa charge. Mais, les créanciers pourront-ils en poursuivre le paiement même sur les biens dotaux ? Ce qui permettrait de le supposer, c'est que, après la dissolution du mariage, lorsque la femme a accepté la société d'acquêts, la dotalité avait cessé d'exister ; que dès lors elle était capable de s'obliger et d'engager ses biens ci-devant dotaux ; et que, pourrait-on dire, c'est précisément là ce qu'elle a fait en consentant par sa négligence à se priver de la protection que la loi lui offrait. — Une pareille doctrine ferait trop bon marché des règles conservatrices du régime dotal. La femme n'est engagée qu'en sa qualité de commune ; son acceptation a uniquement pour résultat de fixer définitivement sur sa tête les conséquences de la société d'acquêts, de manière à la sou-

mettre aux obligations contractées pendant le cours du mariage ; or, ces engagements ne sont pas exécutoires sur les biens dotaux, alors même qu'ils sont devenus libres. Pour leur donner cet effet, il faudrait une convention explicite, formelle, qui ne saurait s'induire de l'acceptation. Ce serait présumer de la part de la femme une renonciation à ses droits ; ce serait violer la règle qui déclare impuissants à atteindre la dot tous actes contemporains au mariage, puisque c'est pour ces actes mêmes qu'il s'agirait de supposer une aliénation indirecte.

Existe-t-il du moins un droit de préférence sur les effets de la société au profit des créanciers de cette société, à l'encontre des créanciers personnels de l'un des époux ? — Dans les pays de droit écrit, ce droit de préférence leur était reconnu ; les sociétés d'acquêts s'y réglaient en effet d'après les principes des sociétés ordinaires, de telle sorte qu'il ne pouvait y avoir d'acquêts pour les conjoints, et par suite, pour leurs créanciers particuliers, qu'après le paiement des dettes sociales (1).

La même doctrine a été reproduite de nos jours, en vertu de la maxime « *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno* » (2).

(1) Tessier, *Soc. d'acq.*, n° 239.

(2) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, nos 1765, 1766 et 1917. — 30 août 1810, Bordeaux, arrêt précité. — 23 janvier 1826, Bordeaux, arrêt rappelé par Tessier. — 6 juillet 1832, Bordeaux, aff. Lajonie (Sir., 1833, 2, 54 ; Dall., 1833, 2, 26).

Mais cette opinion repose sur la supposition erronée que la communauté conjugale, et la société d'acquêts en particulier, constitue une personne morale, possédant un actif distinct du patrimoine personnel des époux, et spécialement affecté aux dettes qui font partie de son passif. — Or, en ce qui touche le mari, le contraire est de toute évidence : ses créanciers personnels se confondent avec les créanciers sociaux, tant que dure la communauté ; leurs droits sont égaux précisément parce qu'ils sont les uns et les autres des créanciers personnels du mari ; quelle raison alléguer, pour autoriser une différence entre eux après la dissolution de la communauté ? Que les créanciers particuliers du mari ne puissent agir que sur la portion afférente à leur débiteur, cela se comprend, car la femme ne doit pas souffrir d'une dette qui ne la concerne pas. Mais pour que le créancier de la société puisse s'opposer à l'exercice de son action, il faudrait un texte formel, un privilège spécial, qui n'existe pas. Si la loi fait une différence entre les dettes du conjoint exclues de la communauté, et celles qui sont mises à la charge de la communauté, c'est dans les rapports d'époux à époux, et non pas de créanciers à créanciers. — Ce que nous disons des créanciers personnels du mari, nous le répétons pour les créanciers personnels de la femme. Sans doute, durant l'existence de la communauté, ils sont sans action sur les biens de la société ; mais quelle en est la raison ? c'est que ce mari est chef de la com-

munauté et que ce droit serait méconnu, si pour les dettes personnelles à la femme et exclues de la société, les biens de cette dernière pouvaient être saisis; il ne serait plus vrai de dire que le mari en a la libre disposition. Mais quand ses pouvoirs ont pris fin, la situation change d'aspect. L'action des créanciers personnels de la femme ne peut plus nuire au mari, gêner son administration. Par l'effet rétroactif de l'acceptation de leur débitrice, ils acquièrent sur les biens composant sa part un droit égal à celui des créanciers de la société d'acquêts, qui deviennent en même temps des créanciers personnels. La communauté dissoute, les droits de la femme dans la société et ses biens personnels ne sont plus qu'un seul et même patrimoine (1).

Ainsi, les créanciers de la société viennent sur le produit de la vente des biens communs par contribution avec les créanciers personnels des époux, sauf bien entendu l'effet des privilèges et hypothèques qui peuvent appartenir aux uns ou aux autres.

Par identité de motifs, et encore parce qu'aucun texte ne leur confère ce droit, nous refuserons aux créanciers de la société la faculté de demander la séparation du patrimoine de la communauté et du patrimoine personnel de l'un ou l'autre époux. Le

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 177, § 505, texte et note 2. — Rodière et Pont, t. I, n° 334. — Bellot des Minières, *Régime dotal et comm. d'acq.*, t. IV, p. 373, n° 3526. — 16 janvier 1877, Cass., aff. de Fès (Sir., 1877, 1, 169).

contraire a cependant été jugé (1). Mais ceci est inadmissible, car la séparation des patrimoines peut bien maintenir la distinction d'universalités autrefois non confondues, mais elle ne saurait aller jusqu'à donner une existence propre à une masse qui n'a jamais eu d'existence séparée (2).

Nous avons signalé (ch. I, sect. III, § 3) une clause fort en usage en Normandie, d'après laquelle la société d'acquêts est réduite aux acquêts immobiliers; nous nous sommes prononcé en faveur de sa validité.

Mais, la société d'acquêts immobiliers doit-elle supporter, soit en partie, soit même en totalité, les dettes de communauté? Comment et d'après quel principe se règle le paiement des dettes contractées pendant le mariage par le chef de cette étrange société? — Cette question, à en juger par le nombre même des systèmes qu'elle a fait naître, présente une sérieuse difficulté.

Les uns ont proposé d'exonérer complètement la société d'acquêts, et de mettre la totalité des dettes à la charge personnelle du mari, qui devrait les payer sur ses meubles d'abord, ensuite sur ses propres immeubles.

(1) 13 novembre 1844, Caen, aff. Marie (Sir., 1846, 2, 31; Dall., 1845, 2, 34).

(2) Bellot des Minières, *Régime dotal et comm. d'acq.*, t. IV, p. 365, n° 3496. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1681. — Aubry et Rau, t. V, p. 441; § 520, texte et note 28.

D'autres ont apporté une modification à cette première opinion : ils font peser les dettes sur les meubles appartenant au mari, sauf à recourir aux immeubles de la communauté en cas d'insuffisance du mobilier.

Ces deux systèmes doivent être repoussés sans hésitation. Ils auraient pour résultat d'assimiler notre clause au forfait de communauté. Ils impliqueraient ainsi l'interprétation la plus arbitraire du contrat de mariage ; car les sociétés d'acquêts immobiliers ont pour effet, non pas de donner à la femme une certaine somme à prendre pour tout droit de communauté, mais de l'appeler au partage égal, avec son mari, de tous les biens immeubles de la société, réduite par la stipulation à cette seule espèce de biens, mais les embrassant tous, quelle qu'en soit l'importance et l'étendue. En outre, ils seraient à la fois illégaux et injustes, puisqu'ils violeraient le principe, que tous les biens n'existent dans une société que déduction faite des dettes, et qu'ils grèveraient de toutes les dettes l'avoir personnel du mari.

Nous ne saurions nous arrêter davantage à la doctrine de ceux qui distinguent les dettes en mobilières et immobilières, pour faire supporter les premières par le mobilier du mari, et les secondes par les immeubles de la communauté. D'abord, il ne serait pas généralement possible de vérifier exactement, à la dissolution, l'origine de tous ces engagements ; dans le mouvement des affaires sociales, il y a tou-

jours transformation des différentes parties de l'actif et du passif, et substitution des unes aux autres. De plus, cette distinction n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle a eue autrefois : les dettes sont presque toutes mobilières, et on comprend tout ce qu'il y aurait d'injuste à vouloir que toutes les dettes mobilières fussent supportées par le mari, ce qui reviendrait à affranchir la société d'une manière à peu près complète. En définitive, cette troisième opinion est à peu de chose près la reproduction, sous une autre forme, des deux premières ; elle doit donc être écartée aussi, et par les mêmes considérations.

Restent deux systèmes entre lesquels le débat est des plus vifs et des plus animés.

L'un met toutes les dettes à la charge de la société.

L'autre repose sur la répartition des dettes entre les biens immeubles appartenant à la société d'acquêts et les biens meubles acquis par le mari, proportionnellement à leur valeur respective.

Quel que soit celui de ces systèmes, auquel on donne la préférence, pratiquement ils conduisent dans certains cas à des solutions identiques. Toutes les fois que le mari n'a pas fait d'acquêts mobiliers pendant l'existence de la société, il est clair que toutes les dettes contractées pendant la durée de cette société retombent, dans l'une comme dans l'autre doctrine, sur les immeubles composant l'actif social. Et à l'inverse, ces deux doctrines amènent encore au même résultat, lorsque le mari a affecté tous les bénéfices

à des acquisitions mobilières : il sera seul tenu de toutes les dettes, puisque, en réalité, la société n'existe pas.

Ainsi, le terrain de la discussion est limité à l'hypothèse unique, d'ailleurs la plus fréquente, où le mari a travaillé en même temps pour la société et pour lui, où il a, en d'autres termes, employé l'épargne et le produit de la collaboration commune en acquisitions d'immeubles et de meubles. Les dettes, qu'il a contractées pendant le mariage, sont alors communes pour le tout et à la charge exclusive de la communauté, dans le premier système. Elles sont, au contraire, dans le second, communes pour une quote-part et pour l'autre personnelles au mari.

Le système de la répartition proportionnelle est soutenu par de graves autorités et par des partisans énergiques (1), qui l'appuient sur de sérieux arguments.

Les bénéfices d'une société n'ont d'existence réelle qu'autant que les dettes sont payées ; cette règle est générale « *bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno* ». Or, les dettes contractées par la gestion maritale étant tout naturellement une charge des bénéfices de cette gestion, il faut, du moment que ces bénéfices se divisent en deux parts égales, l'une

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1908. — Marcadé, t. V, art. 1499, p. 657, n° V, et, *Rev. crit.*, 1853, p. 89, n° 9. — Dalloz, *Répert. de législ.*, v° *Contr. de mar.*, n° 2649. — 31 mai 1828, Caen, aff. Brisson (Sir., 1850, 2, 193 ; Dall., 1851, 2, 127).

pour le mari, l'autre pour la communauté, diviser de même en deux parts égales, l'une pour le mari, l'autre pour la communauté, le passif qui est né en même temps et de la même cause que cet actif. En sorte que, si l'ensemble des acquêts consiste en immeubles pour deux tiers, et en meubles un tiers, l'ensemble des dettes doit être supporté pour un tiers par les meubles, et pour deux tiers par les immeubles.

Pourquoi, en effet, exempterait-on de l'acquittement des dettes le mobilier que le mari a acheté pendant la mariage? Est-ce qu'il n'est pas le fruit de deniers qui étaient naturellement destinés à l'acquittement des dettes présentes et futures du ménage? Est-ce que ces produits de la collaboration commune devaient être capitalisés dans l'intérêt exclusif du mari, au lieu de payer les dettes communes, actuelles ou à venir? Est-ce que cette capitalisation n'est pas une soustraction faite à l'obligation des dettes, et dès lors ne doit-on pas la faire retourner à sa destination?

Enfin, quelle injustice criante dans le privilège donné, par le système opposé, aux meubles achetés par le mari! Si ces meubles restent libres entre ses mains, tandis que tout le poids des dettes retombera sur l'actif de la société d'acquêts, le mari sera donc maître de ruiner la communauté, pendant que, lui, il augmentera son patrimoine et s'enrichira!

Ce système de la répartition proportionnelle est,

au premier aspect, fort séduisant. Cependant, les objections graves auxquelles il est en butte, et les raisons puissantes qui militent en faveur de la thèse adverse, nous déterminent à le rejeter, et à nous rallier au *système de l'attribution exclusive des dettes à la société d'acquêts*, système adopté par la majorité des auteurs (1), et consacré par la jurisprudence (2).

Tout se réunit en faveur de cette solution.

La pratique d'abord l'a invariablement suivie. Il est constant, en effet, qu'en Normandie l'usage commun est de payer les dettes en épuisant l'actif de la société d'acquêts; c'est là un point certain, qui est reconnu par Troplong lui-même (3), qui combat ce mode de liquidation : « On s'en prend d'abord aux immeubles, dit-il, ce n'est que lorsque ces ressources sont insuffisantes qu'on attaque la fortune du mari, en commençant par les meubles. Les infor-

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 1262. — Aubry et Rau, t. V, p. 461, § 522, texte et note 39. — Pont, *Revue critique*, 1853, p. 910. — Piolet, p. 151,

(2) 29 juin 1850, Rouen, aff. Leber (Sir., 1851, 2, 385, et la remarquable consultation de M. Chassan dans le même sens; Dall., 1851, 2, 200). — 15 mars 1851, Rouen, aff. Lemonnier (Sir., 1851, 2, 385; Dall., 1851, 2, 200). — 21 janvier 1850, Caen, aff. Jourdan (Sir., 1850, 2, 193; Dall., 1851, 2, 128). — 3 août 1852, Cass., rejet, aff. Vimard (Sir., 1852, 1, 833; Dall., 1852, 1, 257, et les conclusions de M. l'avocat général Rouland, qui tendaient au rejet du pourvoi). — 12 novembre 1853, Caen, aff. Bulot (Sir., 1854, 2, 399; Dall., 1855, 2, 106).

(3) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1905.

mations que j'ai prises auprès de notaires expérimentés, m'ont donné la certitude que tel est le mode le plus constamment suivi : c'est celui que les tribunaux ont coutume de sanctionner dans leurs jugements d'homologation. » Ainsi, l'imputation des dettes en totalité sur l'actif de la société a pour elle l'autorité du fait, et c'est déjà une autorité considérable, surtout quand il s'agit de l'appréciation d'une clause dont l'usage est circonscrit à certaines contrées. — Et ce n'est là que la continuation d'un état de choses créé par l'ancienne coutume de Normandie, sous l'empire de laquelle c'étaient avant tout les immeubles qui étaient obligés, ou même, ce qui est plus encore, c'était la femme ou ses héritiers qui étaient obligés par rapport à la part qu'ils prenaient. « On ne doute pas, dit Basnage (1), que la femme, prenant part aux conquêts, ne soit contribuable à toutes les dettes contractées par son défunt mari ; mais, si la femme prédécède son mari, ses héritiers, ayant part pour une moitié aux conquêts, ne seront obligés solidairement aux dettes et ils n'y contribueront que jusqu'à concurrence de la valeur des conquêts. »

Arrivons maintenant aux principes de la loi nouvelle. En définitive, de quoi s'agit-il ici ? D'une stipulation de communauté juxtaposée au régime dotal, pris comme base de l'association conjugale. Mais,

(1) Basnage, sur l'art. 329, t. I, p. 502.

malgré la coexistence du régime dotal, la stipulation n'en constitue pas moins, en fait et en droit, une communauté conventionnelle dans les limites déterminées. Peu importe qu'il y ait ou non des acquêts! Dès le jour du mariage, la communauté a commencé : le fait légal de la société est indépendant de l'existence d'un actif commun; et, dès lors, par rapport au paiement des dettes elle doit recevoir l'application des principes généraux.

Or, le principe général, à cet égard, le principe invariable, c'est qu'il n'y a de biens dans une société que déduction faite des dettes dont elle est grevée; la conséquence est donc que les dettes doivent être payées tout d'abord sur les biens de la communauté. Ces biens, dans l'espèce, sont les immeubles acquis durant le mariage; il n'y en a pas et il ne peut pas y en avoir d'autres d'après le contrat; ce sont donc ces immeubles qui doivent tout d'abord supporter les dettes de la société. — Et cependant les auteurs, qui ont adopté la doctrine précédente, veulent que le mobilier acquis par le mari contribue au paiement des dettes proportionnellement avec les immeubles communs! Mais le mobilier, tout le mobilier, n'est-il donc pas un propre du mari d'après le contrat de mariage? Et n'est-il pas contradictoire d'entamer ces propres, tant que l'actif de la société n'est pas épuisé, tant que ses bénéfices sont là sous la forme d'immeubles? Comment concilier la certitude que le mobilier acquis pendant le mariage est un propre du

mari avec l'opération singulière qui l'assimile à un acquêt de communauté et le grève des dettes de la société?

Enfin, l'équité elle-même, dont on se prévaut en faveur du système de la répartition, est bien loin cependant de le consacrer. — Que dit-on, en effet? qu'il y aurait injustice à ne pas faire contribuer le mobilier, en ce que le mari devait courir au plus pressé et payer les dettes avant d'acheter des immeubles! — Mais l'argument se tourne contre ce système lui-même; car enfin le mari pouvait n'acquérir aucun immeuble d'après son contrat de mariage; et s'il en a acquis, l'injustice consisterait précisément à pouvoir lui dire que la communauté profitera de cet actif, qu'il aurait été libre de ne pas constituer, et que ses biens personnels répondront des dettes, au paiement desquelles auraient peut-être suffi les deniers qu'il a convertis en immeubles au profit de la communauté.

Mais, ajoute-t-on, le mari sera donc libre de ruiner la société, tandis que, lui, il augmentera son patrimoine! — Oui, sans doute, dans cette étrange combinaison, qui réduit une communauté aux acquêts immeubles, le mari est maître absolu en ce qui concerne la constitution de l'actif social; il peut faire que la communauté soit toujours négative quant à l'actif, en n'achetant pas un immeuble; il peut, au contraire, lui donner de la réalité sous ce rapport, en employant tout ou partie de l'épargne, ou du produit

de la collaboration commune, à l'acquisition de biens immobiliers; il peut, après avoir acquis des immeubles, réduire la société à néant, en aliénant ces immeubles ou en les grevant outre mesure de charges ou d'hypothèques.

SECTION III.

Questions communes au cas de renonciation et au cas d'acceptation.

L'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal soulève diverses questions fort délicates, qu'il est intéressant d'examiner au double point de vue de la renonciation de la femme et de son acceptation.

Nous nous contenterons de rappeler ici celle qui a trait aux fruits pendants par branches et par racines sur les biens dotaux au moment de la dissolution de la société d'acquêts; nous l'avons traitée en nous occupant de l'actif de la société d'acquêts (ch. II, sect. I, § 1).

Une difficulté semblable naît en présence des articles 1465 et 1570. La femme commune, lorsqu'elle survit, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont impartis pour faire inventaire et délibérer, de faire supporter à la communauté les frais de son habitation et de ses aliments. D'un autre côté, la loi permet à la femme dotale survivante d'exiger pendant l'an de deuil, ou les intérêts de sa dot, ou

des aliments, aux dépens de la succession du mari, et dans tous les cas elle lui accorde pendant cette année entière le droit d'habitation.

Que décider, lorsqu'au régime dotal s'est alliée une société d'acquêts? — Il est certain que la femme, pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer, jouit des droits d'aliments et d'habitation accordés par l'article 1465 à toutes les veuves mariées en communauté, soit qu'elles acceptent, soit qu'elles renoncent. C'est là un minimum, qu'on ne saurait contester.

Mais, quand la femme a fait son option, comment doivent être réglés ses droits? Peut-elle se prévaloir des dispositions plus favorables de l'article 1570?

C'est là un point des plus délicats.

— Certains auteurs distinguent : — si la femme renonce, le mari a droit au délai de l'art. 1565 pour restituer la dot, et la femme peut réclamer l'habitation pendant l'an de deuil, et, en renonçant aux intérêts de sa dot, obtenir des aliments ; — si elle accepte, les principes de la communauté reprennent leur empire ; le mari n'a aucun délai pour restituer, et, par suite, la femme n'a droit ni aux aliments ni à l'habitation (1).

Ce système est fondé sur les mêmes raisons que celles invoquées par ses partisans, pour soutenir la même opinion à l'égard des fruits pendants par

(1) Rodière et Pont, t. III, n° 2038.

branches et par racines. — Il ne saurait être le nôtre, pour deux raisons. La première, c'est qu'à l'égard des fruits, nous avons rejeté la distinction qui lui sert de base. Et la seconde, c'est qu'en ce qui touche le délai accordé au mari pour restituer la dot de choses fongibles, nous avons maintenu l'art. 1565, même au cas d'acceptation.

— Un second système applique dans tous les cas les règles du régime dotal (1).

Si la femme, dit-on, renonçait à la société d'acquêts, il est certain que l'art. 1570 serait applicable, puisque par sa renonciation la femme aurait effacé complètement sa qualité de commune. Or, si l'on adopte pour le cas d'acceptation de la femme une solution différente, on admet par là même que l'application soit des règles de la communauté, soit des règles du régime dotal, est subordonnée à la détermination de la femme au moment de la dissolution de l'association conjugale, c'est-à-dire à une condition purement potestative.

Puis on ajoute : si l'on considère le but de la femme en adoptant la société d'acquêts jointe au régime dotal, on est conduit à l'application de l'art. 1570, car la femme, en choisissant ce régime mixte, a voulu précisément bénéficier des avantages inhérents au régime dotal et à la société d'acquêts. Or, l'art. 1570-2^o est incontestablement plus avantageux à la femme

(1) De Folleville, *Etude sur la Soc. d'acq.*, p. 56. — Piolet, p. 194, n^o 2.

que l'art. 1465, puisque le privilège qu'il édicte à son profit doit durer une année entière, au lieu d'être renfermé dans la limite de trois mois et quarante jours. Par conséquent, dans le doute, il vaut mieux se prononcer pour la doctrine la plus favorable à la femme : « *favores ampliandi* ».

— De cette opinion, dégageons tout d'abord une idée qui nous semble parfaitement exacte : c'est qu'il ne doit pas dépendre de la seule volonté de la femme, de son option à la dissolution de la société, de faire appliquer tantôt les règles de la communauté, tantôt celles du régime dotal.

Mais, ce point de départ admis, nous nous refusons aux conséquences qu'on en veut tirer. Lorsqu'il s'est agi de prendre un parti sur les principes à appliquer aux fruits pendants par branches et par racines sur les biens dotaux lors de la dissolution, nous avons fait prévaloir les règles de la communauté. Les arguments, que nous avons invoqués à l'appui de notre thèse, sont également vrais dans l'hypothèse actuelle, et nous déterminent encore à nous prononcer en faveur de l'art. 1465.

Contre la seconde doctrine, nous pouvons tout d'abord faire remarquer que ceux qui la proposent ne nous paraissent pas conséquents avec eux-mêmes. Ces auteurs, sur la question des fruits, ont, comme nous, donné la préférence aux règles de la communauté; et, quand il s'agit de régler le droit aux aliments et à l'habitation, ils appliquent exclusi-

vement les règles de la dotalité ! Ont-ils donc trouvé des raisons impérieuses, pour motiver un changement d'opinion si radical ? Nous ne les voyons pas ; et leur première doctrine nous fournit les arguments nécessaires à combattre la seconde. Dans celle-ci, ils invoquent l'effet rétroactif de la renonciation ; dans la première, ils reconnaissent que cette rétroactivité n'existe en faveur de la femme que dans le but unique de la soustraire aux dettes, mais que dans ses rapports avec son mari il y a eu société d'acquêts, et que, par suite, les effets de cette société doivent être régis par les règles de la communauté. Ceci n'est-il donc plus vrai, lorsqu'il s'agit du droit d'habitation et d'aliments ? Cette rétroactivité de la renonciation peut-elle être, tantôt rejetée, et tantôt invoquée, dans les rapports entre époux ? C'est tout un, ou tout autre. S'ils la repoussent, quand il s'agit des fruits, ils ne doivent plus l'admettre quand ils s'occupent des droits de viduité ; et, dès lors, il n'est plus certain, comme ils le prétendent, que l'art. 1570 soit applicable au cas de renonciation, et leur système, qui partait de cette idée, s'écroule par sa base.

Est-il, d'ailleurs, bien équitable de faire tout plier ici devant l'intérêt de la femme ? Si la loi s'est montrée plus large à son égard, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal pur et simple, c'est qu'elle a voulu compenser, dans une certaine mesure, l'état d'immobilité et de contrainte, auquel elle avait été condamnée. L'article 1570 n'est pas seulement une

conséquence de l'article 1565, qui permet aux héritiers du mari de ne rembourser les sommes dotales qu'un an après la dissolution du mariage : je n'en veux d'autre preuve que la généralité de la décision qu'il donne pour le droit d'habitation. Du reste, même en admettant que le droit aux aliments ne puisse pas être réclamé, lorsque la dot est intégralement remboursée sans délai (1), il n'en est pas moins vrai que si la loi laisse à la femme cette alternative de choisir entre les aliments et les intérêts de sa dot, c'est dans le but de lui offrir un moyen de réaliser un certain bénéfice, de réclamer des aliments si les dépenses qu'ils lui occasionnent sont supérieures aux revenus de sa dot impayée. En d'autres termes, une pensée commune a inspiré la loi, lorsqu'elle a institué ce double droit de viduité : elle a eu moins en vue l'équivalent de l'intérêt des deniers dotaux, que le but tout moral de ne pas réduire tout à coup à la gêne ou à une extrême misère la femme qui vient de perdre son mari, et qui n'a pas l'espérance de participer aux bénéfices qu'il a pu réaliser pendant la durée de leur union, alors même qu'elle y aurait contribué par les revenus des biens qu'elle lui avait confiés.

Mais tout autre est la situation de la femme, ma-

(1) 24 juillet 1822, Riom, aff. Coharde (Dalloz., *Rép. de législ.*, t. 14, p. 269, n° 4204 et note 2). — *Contra* : 30 avril 1828, Caen, aff. Antoine (Dall., *Répert. de législ.*, t. 14, p. 269, n° 4204 et note 3).

riée sous le régime dotal avec société d'acquêts. Elle a eu, comme le mari, la chance d'acquérir; cette conséquence de la dotalité qui lui méritait une faveur, elle a eu le soin de l'écarter par son contrat de mariage; le régime qu'elle a choisi est tout dans son intérêt; elle a pris au régime dotal son système de protections, elle a emprunté à la communauté celles de ses règles qui pouvaient tourner à son avantage et à sa prospérité. Si elle accepte la communauté, peut-elle donc se soustraire aux quelques inconvénients qui peuvent en résulter? Peut-elle exiger des héritiers de son mari un droit de viduité, qui fera peser sur eux des intérêts plus considérables que ceux de la dot impayée, alors qu'elle leur enlève cette moitié des bénéfices, qui justifiaient sa prétention? Une semblable décision nous semble aussi peu logique qu'injuste.

Mais, si elle renonce? Alors nous pourrions invoquer, à l'exemple du second système, cette idée, qu'il n'est pas admissible qu'on puisse subordonner à la décision de la femme, c'est-à-dire à une condition purement potestative de sa part, l'application des règles, soit de la communauté, soit du régime dotal; et nous pourrions en conclure que les règles de la communauté, étant admises pour le cas d'acceptation, doivent être étendues au cas de renonciation. Mais, sans insister outre mesure sur la valeur de cet argument, nous croyons pouvoir maintenir notre solution, en l'appuyant sur d'autres raisons. L'une d'elles

nous est fournie par des considérations d'équité. La femme a été appelée à apprécier quel était pour elle le parti le plus favorable ; puisqu'elle répudie la communauté, c'est qu'elle la juge mauvaise, obérée, et elle laisse retomber sur la succession de son mari tout le poids de cette situation malheureuse ; elle dépouille alors la qualité de commune à l'égard des tiers, mais, au regard de son mari, elle ne peut, au point de vue de la justice et de la raison, émettre la prétention de le grever d'une charge, de lui imposer un sacrifice, parce qu'elle n'a pas retiré de la société d'acquêts le bénéfice sur lequel elle avait compté.

Et telle est bien la solution, qui découle de nos textes : l'art. 1581 renvoie aux art. 1498 et 1499 pour tout ce qui a trait aux effets de la société d'acquêts ; si la femme accepte la communauté, c'est en suivant les règles de la communauté, qu'on procédera au partage et à la liquidation, et, par suite, qu'on réglera ses droits de viduité ; si elle renonce, les principes sont les mêmes pour ce droit aux aliments et à l'habitation.

Notre conclusion est donc celle-ci : quel que soit le parti qu'il plaise à la femme d'adopter, son droit à l'habitation et aux aliments sera toujours déterminé conformément à l'art. 1465, conformément aux règles de la communauté. Toutefois, si les héritiers du mari usent du délai d'un an que nous leur accordons pour rembourser les valeurs dotales, la femme,

jouant alors le rôle d'une prêteuse ordinaire, aura toujours le droit d'en réclamer les intérêts.

Un ensemble de questions des plus importantes et des plus délicates se présente au sujet de l'hypothèque légale accordée à la femme pour la garantie de ses reprises dotales. Cette hypothèque, établie par l'art. 2121 du Code civil, s'étend, d'après l'article 2122, à tous les immeubles appartenant au mari et à tous ceux qui pourront lui appartenir dans la suite. La femme, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, peut-elle, après la dissolution de cette société, exercer son hypothèque légale sur les acquêts?

D'abord, en cas de renonciation par la femme à la société d'acquêts, l'affirmative découle du principe que la femme renonçante devient complètement étrangère à cette société, que tous les biens qui en font ou en ont fait partie sont considérés comme ayant toujours été la propriété exclusive du mari; par suite de quoi, la femme peut exercer toutes ses actions et reprises tant sur les biens personnels du mari que sur les biens de la société d'acquêts (art. 1495, C. c.). Elle peut donc faire valoir son hypothèque légale soit sur les immeubles qui font encore partie de ladite société au moment de la dissolution, soit sur les immeubles de cette société qui ont été aliénés par le mari pendant qu'elle durait et qui, nous le répétons, sont considérés comme étant

entrés dans le patrimoine du mari par l'acquisition que celui-ci avait faite.

Elle pourrait même exercer son hypothèque légale pour ses reprises dotales, au préjudice des créanciers envers lesquels elle se serait engagée et des tiers détenteurs, encore qu'elle ait concouru aux aliénations ; car, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, durant la mariage, compromettre ses reprises dotales par aucun engagement conventionnel (1).

Troplong conteste ces solutions au cas où la femme s'est personnellement engagée envers le créancier ou envers l'acquéreur (2), et critique les arrêts que nous avons mentionnés. Il se fonde sur ce que la femme qui a stipulé une société d'acquêts a tous les droits d'une femme commune en ce qui touche les biens faisant partie de la société d'acquêts, qu'elle peut faire relativement à ces biens tout ce que pourrait faire une femme mariée sous le régime de la communauté (art. 1581), et que ce qui a été fait conformément aux règles de la communauté doit demeurer valablement fait malgré la renonciation ultérieure de la femme à la société. — Mais la situation de la femme dotale, en tant qu'appelée à participer à la société d'acquêts, disparaît par sa

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 645, texte et note 9. — 10 août 1839, Angers, aff. Mille (Sir., 1840, 2, 130). — 16 novembre 1847, Cass., aff. Barjon (Sir., 1848, 1, 25).

(2) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, nos 1911 et 1912.

renonciation à cette société après la dissolution, il ne reste plus que la femme dotale; si la femme mariée sous le régime de la communauté reste liée par les engagements qu'elle a contractés envers les tiers (art. 1494), c'est qu'elle avait capacité pour contracter ces engagements; tandis que la femme dotale était incapable de compromettre ses biens dotaux par des engagements quelconques. Ses reprises dotales pourraient être gravement atteintes, si on lui refusait l'exercice de son hypothèque légale sur les immeubles qui ont dépendu de la société d'acquêts, qui ont pu être achetés avec des deniers dotaux apportés par elle ou à elle advenus par succession, donation ou legs. Les tiers, envers lesquels elle a pris des engagements, ont dû s'assurer préalablement de sa capacité, se faire représenter le contrat de mariage et en tirer la conséquence que si la femme renonçait à la société d'acquêts (ou même dans une autre éventualité que nous allons examiner), les engagements par elle contractés ne pourraient produire effet au détriment de ses reprises dotales. Ils ont donc pu ne pas s'exposer au préjudice qu'ils éprouvent; tandis que la femme n'a pu le plus souvent résister à l'influence du mari, contre les conséquences de laquelle le régime dotal est destiné à la protéger.

Venons au cas où la femme a accepté la société d'acquêts. Pour que la femme ait alors intérêt à faire valoir son hypothèque légale sur les biens qui

dépendent ou ont dépendu de la société d'acquêts, il faut supposer qu'elle s'est trompée sur la situation pécuniaire de celle-ci, qu'elle croyait un actif supérieur au passif, et qu'au contraire le passif est supérieur à l'actif, qu'elle ne peut pas être payée de ses reprises à moins de faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles dépendant ou ayant dépendu de cette société.

Troplong applique *a fortiori* à ce cas l'opinion qu'il a émise même dans l'hypothèse d'une renonciation (1). Il s'appuie sur ce qu'en acceptant la société d'acquêts, la femme acquiesce à tous les actes faits par le mari durant cette société, prend les immeubles grevés du droit des créanciers, et sur ce que d'ailleurs on ne peut pas dire alors que les immeubles sont ceux du mari, puisqu'au contraire l'acceptation les a rendus définitivement communs au mari et à la femme.

Toutefois, tout en reconnaissant que les solutions sont plus délicates dans cette hypothèse, nous croyons devoir admettre également le droit pour la femme d'exercer son hypothèse légale sur les acquêts. En effet, comme correctif au pouvoir considérable accordé au mari pour la gestion de la communauté ou de la société d'acquêts, et à l'ignorance où la femme peut se trouver de certains actes du mari, de certaines dettes, en un mot de la situation réelle de la

(1) Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1913.

société, l'art. 1483 accorde à la femme acceptante, tenue en principe de la moitié des dettes de la société, (art. 1482), l'avantage de n'en être pas tenue *ultra vires*, de n'être tenue des dettes de la société, soit à l'égard du mari, soit même à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire et en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu en partage (art. 1483). Or, si on lui refusait l'exercice de son hypothèque légale pour ses reprises, même quand cela aurait pour conséquence de les lui faire perdre, on arriverait à ce résultat que son obligation pour les dettes de la société ne se trouverait pas limitée à l'émolument qu'elle retire de la société, puisqu'elle subirait la perte de tout ou partie de ses biens propres. — L'argument tiré de ce que par l'acceptation de la femme les biens de la société ne sont plus seulement ceux du mari, mais des biens communs, semble devoir être écarté par cette raison que la femme acceptante, qui fait valoir son hypothèque légale sur les immeubles de cette société, se résigne par cela même à faire compte aux créanciers de la société de tout l'émolument qu'elle a retiré de celle-ci, et que par là elle ne conserve plus aucun bénéfice de la société d'acquêts.

Aubry et Rau reconnaissent à la femme le droit de faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles de la société d'acquêts, même au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée,

lorsqu'il s'agit de ses reprises dotales (1), parce qu'elle n'a pu compromettre celles-ci par aucun engagement pendant le mariage; et le fait de l'acceptation, quoique se produisant après la dissolution du mariage et à une époque où la femme pourrait aliéner ses biens dotaux, n'emporte pas par lui-même une renonciation à se prévaloir de la dotalité contre les engagements pris par elle durant le mariage, car les renonciations ne se présument pas; une renonciation tacite ne peut résulter que de faits impliquant nécessairement la volonté de renoncer, et l'acceptation de la société par la femme n'emporte pas nécessairement l'intention de renoncer à faire valoir son hypothèque légale pour ses reprises dotales, puisqu'en acceptant elle sait ne devoir être tenue, d'après la loi elle-même, des dettes de la société que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retirera. Ainsi l'a jugé un arrêt de la Cour de cassation (2).

Mais, Aubry et Rau considèrent l'acceptation de la société d'acquêts comme rendant la femme non recevable à poursuivre, par voie hypothécaire, les acquéreurs d'immeubles de la société d'acquêts, même quand elle n'aurait pas concouru aux ventes, par le motif qu'en acceptant, la femme confirme les

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 645, texte et note 7.

(2) 28 juin 1847, Cass., aff. Chouquet (Sir., 1847, 1, 493; Dall., 1847, 1, 299).

aliénations consenties par le mari des immeubles faisant partie de cette société (1). — Toutefois, il nous semble difficile d'adopter ici une solution différente du cas où la femme est en lutte avec un créancier hypothécaire, car on pourrait dire tout aussi bien que, par son acceptation, elle a confirmé les hypothèques constituées par le mari durant la société. Cet argument n'arrête pas les auteurs précités, quand il s'agit d'un créancier hypothécaire, même quand la femme s'est engagée envers lui ; et ils font prédominer l'intérêt d'assurer les reprises dotales, la femme n'ayant pu les compromettre par aucun engagement durant le mariage et n'étant même après son acceptation tenue des dettes de la société que jusqu'à concurrence de son émolument. Les mêmes moyens s'appliquent, à nos yeux, à l'acquéreur d'un immeuble de la société aliéné par le mari pendant la durée de celle-ci. Dans la stipulation du régime dotal avec société d'acquêts, la clause dominante dans l'intention des parties est le régime dotal, le but est d'assurer à la femme toutes les garanties résultant de ce régime ; la clause accessoire de société d'acquêts a pour objet de corriger ce qu'il y a de rigoureux pour la femme dans le régime dotal pur, ses revenus personnels, les produits de son industrie profitant en entier au mari, quelque considérables qu'ils soient ; mais cet avantage ne doit pas assurément, dans l'in-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 645, texte et note 8.

tention des parties, diminuer les garanties que donne le régime dotal. Les reprises de la femme pourraient être perdues si, après avoir accepté une société d'acquêts sur la situation de laquelle elle s'est illusionnée, elle ne pouvait agir sur un immeuble de la société aliéné par son mari ; sauf bien entendu à faire compte à cet acquéreur, comme à un créancier de la société, de tout l'émolument par elle retiré de celle-ci.

Rodière et Pont admettent (1) que la femme dotale, avec société d'acquêts acceptée par elle, peut cependant faire révoquer l'aliénation de son fonds dotal consentie par son mari, bien qu'elle ait accepté la société d'acquêts, parce que cette acceptation ne l'oblige pas à une garantie absolue des dettes de la société, mais seulement pour moitié et jusqu'à concurrence de son émolument ; qu'elle peut même faire révoquer cette aliénation alors qu'elle y aurait concouru, sauf à supporter telle garantie que de droit sur sa part d'acquêts et sur ses paraphernaux, le principe de l'inaliénabilité de la dot étant un de ces principes fondamentaux qui ne doivent fléchir qu'en présence d'exceptions formellement consacrées par la loi. La solution, que nous avons adoptée sur la question d'exercice de l'hypothèque légale nous paraît en harmonie avec cette doctrine.

Enfin, pour compléter nos études sur cette question ardue, citons un arrêt de Bordeaux, qui a écarté

(1) Rodière et Pont, t. III, n° 2040.

l'exercice de l'hypothèque légale par les héritiers d'une femme dotale avec stipulation d'une société d'acquêts, sur un immeuble aliéné par le mari, alors que les héritiers de la femme n'avaient pas renoncé à la société d'acquêts (1). — Les motifs de cet arrêt sur la question générale trouvent leur réponse dans les moyens que nous avons déjà analysés. Et la Cour y a joint deux motifs spéciaux : l'un, en fait, puisé dans cette considération que, lors de la dissolution de la société arrivée par le prédécès de la femme, ses héritiers n'avaient pas fait inventaire, de sorte qu'il était impossible de déterminer quel aurait été l'émolument de la femme dans la société ni de justifier de la consistance de cette société à l'égard des tiers ; l'autre tiré de ce que sa doctrine est conforme aux anciens principes, consacrés par un arrêt de Bordeaux du 15 ventôse an XII, et qui étaient la véritable loi du procès où il s'agissait d'un contrat de mariage passé en l'an II de la République.

(1) 3 décembre 1858, Bordeaux, aff. Amouroux (Sir., 1859, 2, 226.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — L'action *communi dividundo* pouvait dans certains cas être intentée entre cohéritiers après l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*.

II. — L'action *familiæ erciscundæ* était prescriptible seulement en ce sens que celui des héritiers qui pendant trente ans avait possédé seul la chose commune, pouvait invoquer la prescription à l'encontre de ses cohéritiers.

III. — L'action *familiæ erciscundæ* était une action personnelle. — Dès l'époque des jurisconsultes classiques, elle était une action de bonne foi,

IV. — La transformation des *præjudicia* en exceptions en modifia la forme, mais pas le fonds.

V. — Le *præjudicium hereditati* est opposable à la revendication des *res singulæ*, même après la *litis contestatio* de la pétition d'hérédité.

VI. — L'héritier, auquel le juge de l'action *fami-*

liæ erciscundæ avait adjugé un droit de gage, pouvait agir directement contre le débiteur, non pas en vertu de l'action *negotiorum gestorum contraria*, mais par l'action *pignoratitia contraria*.

VII. — L'héritier qui avait fait, au nom de ses co-héritiers et au sien, une dépense qu'il ne pouvait se borner à faire pour lui seul, devait en réclamer le remboursement par l'action *familiæ erciscundæ*. On ne lui accordait pas le choix entre cette action et l'action *negotiorum gestorum contraria*.

VIII. — Après le partage, lorsqu'aucune promesse *de evictione* n'avait été faite, l'héritier évincé exerçait son recours par l'action *præscriptis verbis*; mais il n'avait pas le choix entre cette action et la *condictio ob rem dati*.

DROIT FRANÇAIS.

I. — La stipulation d'une société d'acquêts accessoirement au régime dotal, peut être soumise à une condition suspensive ou résolutoire.

II. — Le contrat de mariage, dans lequel un mineur non habilité a adopté le régime dotal combiné avec une société d'acquêts, est entaché d'une nullité relative.

III. — La clause, qui réduit la société aux acquêts immobiliers, est valable. — Les dettes de communauté sont, en ce cas, à la charge des immeubles conquêts.

IV. — Lorsqu'il y a combinaison d'une société d'acquêts avec le régime dotal, le partage des fruits a lieu conformément aux règles de la communauté.

V. — La femme, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, conserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux; seulement elle doit compte à la communauté des économies qu'elle réalise sur ces revenus.

VI. — Lorsque la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, l'immeuble qu'elle recueille en vertu du partage de la société d'acquêts, n'est pas atteint par la dotalité.

VII. — La femme ne peut renoncer, ni directement, ni indirectement, à l'hypothèque légale qui, à raison de ses reprises dotales, lui appartient sur les immeubles de la société d'acquêts.

VIII. — Le bénéfice de l'assurance sur la vie, contractée pendant le mariage par deux époux communs en biens ou associés aux acquêts au profit du survivant d'entre eux, appartient au survivant, sans qu'il

soit tenu d'aucune récompense envers la communauté.

IX. — La créance d'aliments, constituée par donation ou par legs, est incessible.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — C'est dans les coutumes des Germains que se trouve l'origine du droit de copropriété de la femme sur les acquêts.

II. — Dans le système d'organisation judiciaire consacré par la rédaction primitive de la loi salique, la présidence du Mall était attribuée au Thunginus ou Centenarius, et non au Comte.

DROIT CRIMINEL.

I. — L'art. 59 C. pén. n'a voulu étendre aux complices l'aggravation de peine dont l'auteur principal est passible, que lorsque cette aggravation dérive d'une circonstance intrinsèque du crime, et non lorsqu'elle a sa source dans une circonstance extrinsèque et personnelle à l'auteur.

II. — L'action publique, pour fait qualifiés crimes par la loi, se prescrit par trois ans, et non par dix

ans, lorsque ces crimes, ayant été commis par des individus âgés de moins de seize ans, se trouvent de la compétence de la juridiction correctionnelle et ne sont passibles que de peines correctionnelles.

DROIT DES GENS.

I. — Un agent diplomatique, peut en matière civile, renoncer au privilège de l'exemption de juridiction, sans qu'il y ait à distinguer s'il est demandeur ou défendeur.

II. — Le droit de visite ne devrait jamais être exercé, pas plus en temps de guerre qu'en temps de paix.

Vu par le Président de la thèse :

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen :

CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE L'ACTION FAMILIÆ ESCISCUNDÆ.

	Pages.
CHAPITRE I. — Caractères de l'action <i>familiæ esciscundæ</i> .	10
CHAPITRE II. — Conditions requises pour l'exercice de l'action <i>familiæ esciscundæ</i> .	22
Section I. — Qualité des personnes.	22
Section II. — Capacité des personnes.	28
Section III. — Exceptions opposables à l'action <i>familiæ esciscundæ</i> .	32
§ 1. — Exceptions dilatoires.	33
§ 2. — Exceptions péremptoires.	36
CHAPITRE III. — Formation de la masse à partager.	39
Section I. — Des biens partageables.	40
Section II. — Des choses échappant au partage.	45
Section III. — Des rapports.	49
Section IV. — Des prélèvements.	54
CHAPITRE IV. — De l'office et des pouvoirs du juge.	61
Section I. — Du pouvoir d'adjuger.	62
§ 1. — Adjudication des choses corporelles.	63
§ 2. — Adjudication des choses incorporelles.	66
Section II. — Du pouvoir de condamner.	71
§ 1. — Des prestations personnelles résultant d'un acte de gestion.	73
§ 2. — Des prestations personnelles résultant d'un fait dommageable.	81
CHAPITRE V. — Des effets du partage.	85
Section I. — Effets du partage entre les parties.	87
Section II. — Effets du partage à l'égard des tiers.	91

DROIT FRANÇAIS.

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS JOINTE AU RÉGIME DOTAL.

INTRODUCTION.	95
Section I. — Préliminaires.	95
Section II. — Notions historiques.	98
§ 1. — Coutume de Bordeaux.	99
§ 2. — Coutume de Normandie.	105
§ 3. — Coutume d'Auvergne.	108

	Pages.
CHAPITRE I. — Constitution de la société d'acquêts.	110
Section I. — Conditions spécialement requises pour sa validité.	110
Section II. — Appréciation de diverses clauses.	124
§ 1. — De la clause qui attribue à l'époux survivant la part du prédécédé dans la société.	125
§ 2. — De la clause qui réserve les acquêts aux enfants à naître.	127
§ 3. — De la clause qui associe les futurs à la société d'acquêts des auteurs de l'un d'eux.	132
§ 4. — De la clause qui réduit la société aux acquêts, soit mobiliers, soit immobiliers.	134
CHAPITRE II. — Composition de la société d'acquêts.	138
Section I. — Actif de la société d'acquêts.	138
§ 1. — Des fruits et revenus des biens personnels des époux.	139
§ 2. — Des bénéfices résultant de l'industrie ou du travail des époux.	154
§ 3. — Des acquêts.	165
Section II. — Passif de la société d'acquêts.	186
§ 1. — Des dettes qui constituent les charges de la société d'acquêts.	187
§ 2. — Des dettes contractées par les époux pendant le mariage.	190
CHAPITRE III. — Détermination des différentes classes de biens. — Des droits du mari.	198
Section I. — Biens du mari.	199
Section II. — Biens dotaux.	200
Section III. — Biens paraphernaux.	206
Section IV. — Biens communs.	216
APPENDICE. — Règles spéciales au cas d'absence.	226
CHAPITRE IV. — De la dissolution.	234
Section I. — De la renonciation.	239
Section II. — De l'acceptation.	241
§ 1. — Partage de l'actif.	242
§ 2. — Liquidation du passif.	249
Section III. — Questions communes au cas de renonciation et au cas d'acceptation.	264

